



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-SOCIAL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA ADPF Nº 442

REBECCA MAIA BARROS

SANTA RITA - PB
2017

REBECCA MAIA BARROS

**A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-SOCIAL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA ADPF Nº 442**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Área: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Civil.

Orientadora: Prof. Drnda. Ana Laura Silva Vilela

**SANTA RITA - PB
2017**

Barros, Rebecca Maia.

B277c A criminalização do aborto no atual cenário político-social brasileiro:
uma análise da ADPF nº 442 / Rebecca Maia Barros. – Santa Rita, 2017.
67f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

Orientadora: Profª. Drª. Ana Laura Silva Vilela.

1. ADPF nº442. 2. Criminalização do Aborto. 3. Direitos
Fundamentais Constitucionais. 4. Saúde Pública da Mulher. I. Vilela, Ana
Laura Silva. II. Título.

BSDCJ/UFPB

CDU – 342

FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Área: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Civil.

Aprovado em: ____/____/2017

BANCA EXAMINADORA

Profº. _____

Prof. Orientadora: Drnda. Ana Laura Silva Vilela
Universidade Federal da Paraíba – UFPB

Profº. . _____

Prof. Convidado: Ma. Tayse Ribeiro de Castro Palitot
Universidade Federal da Paraíba – UFPB

Profº. _____

Prof. Convidado: Drndo Emerson Erivan de Araújo Ramos
Universidade Federal da Paraíba – UFPB

Aos meus pais, por todo o suporte e amor.

Aprendemos realmente quando conseguimos transformar nossa vida em um processo permanente, paciente, confiante e afetuoso de aprendizagem. Processo permanente, porque nunca acaba. Paciente porque os resultados nem sempre aparecem imediatamente e sempre se modificam. Confiante porque aprendemos mais se temos uma atitude confiante e positiva diante da vida, do mundo e de nós mesmos. Processo afetuoso, impregnado ao carinho, de ternura, de compreensão, porque nos faz avançar muito mais. (MORIN, Edgar).

RESUMO

O presente trabalho monográfico, através de uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, almeja incitar o debate sobre a polêmica questão do aborto, “fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões”, de acordo com a Pesquisa Nacional do Aborto – doravante PNA (2016, p. 653), sendo uma das principais causas de morbidade e mortalidade materna. O tema é incontestavelmente controverso, especialmente em razão do vigoroso apelo moral e religioso que o arraiga. Conquanto, o caráter laico do ordenamento jurídico brasileiro impõe às cortes nacionais o dever de fazer justiça sem maniqueísmo, vislumbrando a temática à luz do Direito e da máxima da proporcionalidade. Diante do imenso número de opiniões acerca do aborto, e de incalculáveis posicionamentos, surgiu a seguinte pergunta de pesquisa: a criminalização do aborto é constitucional e configura-se como instrumento adequado para o enfrentamento do problema? Por sua vez, a hipótese ventilada é que sendo o aborto uma questão de saúde pública, a coerção penal não se faz adequada para solucionar o problema, pois, além de afrontar direitos fundamentais das mulheres, não impede ou reduz as taxas de abortamento do país. O questionamento acerca da legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário requer o enfrentamento da lei penal em face dos preceitos constitucionais, que a fim de adquirirem sentido pleno do justo, necessitam harmonizar-se entre si e com as demais normas previstas na Constituição Federal, sendo, portanto, missão do legislador garantir a devida adequação da teoria jurídica para com as necessidades do mundo fático. Quanto à justificativa da presente pesquisa, mostra-se relevante em virtude da atualidade do tema, que envolve a proteção à vida, à saúde, à dignidade e à autonomia das mulheres, ou seja, direitos elementares da pessoa humana, que não podem ser flexibilizados em razão de dogmas e crenças morais. Portanto, a pesquisa buscará agregar dados que possam contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde todos os cidadãos, sem quaisquer distinções, sejam detentores absolutos dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal do Brasil, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais.

Palavras-chave: ADPF nº 442. Criminalização do aborto. Direitos fundamentais constitucionais. Saúde pública da mulher.

ABSTRACT

The present monographic paper, through the analysis of the ADPF n° 442, aims to incite debate on the controversial issue of abortion, "a frequent and persistent phenomenon among women of all social classes, racial groups, educational levels and religions," according to the National Abortion Survey - henceforth PNA (2016, p. 653), being the main responsible for the morbidity and mortality of the woman. The subject is undoubtedly controversial, especially because of the vigorous moral and religious appeal that rooted it. However, the secular character of the Brazilian legal system imposes on the national courts the duty to do justice without manichaeism, glimpsing the issue in the light of law and scientific evidence. Given the immense number of opinions about abortion and incalculable positions, the following research question arose: is the abortion criminalization constitutional and presents as a suitable mechanism to prevent the issue? Furthermore, the hypothesis is that abortion advocates as public health, therefore the criminal coercion isn't appropriated to solve the problem, due to the fact that disrespect women fundamental rights and doesn't prevent the decrease the rate of abortions in the country. The questioning of the legitimacy of the criminalization of induced and voluntary abortion requires confronting the criminal law with constitutional precepts, which, in order to acquire full meaning from the just, need to be harmonized with each other and with the other norms provided for in the Federal Constitution, being, therefore, mission of the legislator to adapt to the legal theory to the needs of the phatic world. As to the justification of the present research, it is relevant because of the current relevance of the topic, which involves the protection of life, health, dignity and the autonomy of women, who as citizens of rights cannot have mitigated them of dogmas and moral beliefs. Therefore, the research will seek to aggregate data that can contribute to the construction of a more just and egalitarian society, where all citizens, regardless of sex, are absolute holders of the fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution of Brazil, focusing on the understanding and explanation the dynamics of social relations.

Key words: ADPF n° 442. Abortion criminalization. Constitutional fundamental rights. Women's public health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN/ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

HC – *Habeas Corpus*

Min. – Ministro

OMS – Organização Mundial da Saúde

PNA – Pesquisa Nacional do Aborto

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ABORTO	14
2.1. TEORIAS DA ORIGEM DA VIDA	14
2.2. CONCEITO MÉDICO E JURÍDICO DO ABORTO	16
3. ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA	24
3.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA	24
3.2. ACESSO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL	28
3.3. PESQUISA NACIONAL DE ABORTO 2016	32
4. ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442	367
4.1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA ADPF	367
4.2. APRESENTAÇÃO DA ADPF Nº 442	40
4.3. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E SEUS ENFRENTAMENTOS	442
4.4. DIÁLOGO COM A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL AO ABORTO NO DIREITO COMPARADO	48
4.5. DEBATES CONSTITUCIONAIS ACERCA DO ABORTO NO BRASIL	52
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico almeja incitar o debate sobre a (in) constitucionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, objeto de análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, mais especificamente, quanto aos seus impactos no âmbito da saúde da mulher, evidenciando os conflitos existentes entre os tipos penais impugnados e os direitos fundamentais da pessoa humana assegurados pela Constituição Federal de 1988. Trata-se, pois, de um assunto polêmico, porém “frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões” (PNA, 2016, p. 653).

O aborto realizado em condições inseguras configura um sério problema de saúde pública, sendo um dos principais fatores da morbidade e mortalidade materna. O Brasil, segundo dados da OMS, lidera as estatísticas de abortamento provocado em todo o mundo com um total de quatro milhões por ano (DOMINGOS e MERIGHI, 2010). Malgrado a magnitude do evento, a legislação brasileira somente oferta assistência médica em casos de risco de vida para a gestante, gravidez resultante de estupro ou feto anencéfalo. Assim, todos os demais casos de abortamento ocorrem sob os auspícios da ilegalidade, *ex vi* dos art. 124 a 126 do Código Penal Brasileiro, e respondem pela maioria dos óbitos relacionados à prática do mesmo.

O tema é controverso, especialmente em razão do vigoroso apelo cultural, moral, social e religioso que o arraiga, todavia, o caráter laico do ordenamento jurídico brasileiro impõe aos tribunais nacionais o dever de fazer justiça sem maniqueísmo, vislumbrando a temática à luz do Direito e da máxima da proporcionalidade. No entanto, observa-se que Estado insiste em tratar a temática sob um viés estritamente penalista, que “por um lado, não é capaz de diminuir o número de abortos e, por outro, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessários para que seja realizado de forma segura” (PNA 2016, p.659).

A criminalização do aborto reza ineficaz à proteção da vida do nascituro, favorece a violência contra a mulher, alimenta o tráfico de medicamentos, garante a manutenção de clínicas clandestinas e desrespeita direitos fundamentais da pessoa humana. Ressalte-se, ainda, que a coerção penal afeta, essencialmente, as mulheres negras, pobres e pouco escolarizadas, porquanto “quem tem maior poder aquisitivo utiliza as clínicas especializadas e têm acesso a uma assistência qualificada” (DOMINGOS e MERIGHI, 2010). A lei penal,

neste caso, consiste em uma medida de regulação estatal discriminatória e conflitante para com os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesse ponto, verifica-se um embate a nível constitucional entre os arts. 124 e 126 do Código Penal, que resguarda, em tese, o direito à vida do nascituro, e os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar da mulher (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º, CF).

Trata-se, assim, de analisar se a criminalização do aborto induzido e voluntário se justifica em face da supressão de direitos fundamentais das mulheres. *Ipso facto*, surgiu a seguinte pergunta de pesquisa: a criminalização do aborto é constitucional e configura-se como instrumento adequado para o enfrentamento do problema? Neste diapasão, a hipótese ventilada é que sendo o aborto uma questão de saúde pública, a coerção penal não se faz adequada para solucionar o problema, pois, além de afrontar direitos fundamentais das mulheres, não impede ou reduz as taxas de abortamento do país. Defende-se, portanto, que a solução é um desafio que perpassa a exigência de medidas urgentes no processo de descriminalização do aborto, com fins de garantir as mulheres adequado acesso à saúde.

Destaque-se, que a justiça somente é satisfeita quando o Direito se encontra em consonância com os valores sociais e morais da sua era, visto que, inobstante o Direito e a Moral sejam instrumentos autônomos de controle social, um não exclui o outro, ao contrário, se complementam e mutuamente se influenciam. O múnus das normas jurídicas é salvaguardar a ordem, a segurança e a justiça, enquanto que o da moral é o aperfeiçoamento do ser humano, com arrimo em preceitos éticos. De tal sorte, infere-se que ambos possuem um objetivo comum, qual seja a manutenção harmônica da ordem social, razão pela qual ambos os institutos necessitam ser considerados durante a construção das normas legais, haja vista que inúmeras questões sociais se incluem, simultaneamente, em ambos os setores,

Todavia, em conformidade com a Teoria do Mínimo Ético, desenvolvida pelo *jus* filósofo alemão, Georg Jellinek, o Direito deve conter apenas os axiomas que se façam imprescindíveis à garantia da preservação de suas instituições (NADER, 2012, p. 43). A ordem jurídica, apesar de interligada aos preceitos da moralidade social, não pode se preocupar em transladar para o ordenamento jurídico todo o conteúdo moral, posto que o Direito visa a segurança social, para além do aperfeiçoamento do homem. Desse modo, sendo a interrupção seletiva da gravidez matéria regulada pelo Direito e com assento na Moral,

indaga-se sobre a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto (ADPF 442, p. 3).

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo perpetrar o enfrentamento hermenêutico constitucional da questão, para identificar a legitimidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal em face dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Para tanto, a pesquisa traz em seu âmago, primeiramente, um breve relato sobre as principais teorias da origem da vida e o conceito médico e jurídico de aborto, com fins de situar e instruir o leitor perante a problemática abordada no estudo.

Em seguida, realiza-se a análise dos preceitos fundamentais constitucionais, com enfoque no direito fundamental à saúde, visando demonstrar a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no estágio inicial da gestação, em decorrência da violação do direito fundamental à saúde da mulher.

Por sua vez, o terceiro capítulo dedica-se ao exame amplo da peça exordial da ADPF 442, bem como tece breves comentários acerca dos casos envolvendo o aborto que já foram apreciados perante a nossa Suprema Corte, e dialoga com a abordagem constitucional ao aborto no direito comparado.

Outrossim, finaliza-se o texto com um debate crítico sobre a necessária adequação do problema do aborto sob uma perspectiva de saúde pública, uma vez que sendo esta uma questão de saúde da mulher, requer uma atenção social e não criminal do Estado. Ratificando, ainda, a ineficácia da lei penal para coibir ou mitigar as taxas de aborto no Brasil.

A presente pesquisa justifica-se, portanto, por abordar um tema de relevante interesse social, “a julgar pela persistência da alta magnitude e pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais” (PNA 2016, p. 659). Repise-se, ainda, que a discussão da temática envolve suposta violação dos direitos à vida, à saúde, à dignidade e à autonomia das mulheres, ou seja, direitos elementares da pessoa humana, que não podem ser flexibilizados em razão de dogmas e crenças morais e que requerem imediata ação estatal para que lhes seja assegurada a devida proteção.

Destarte, realizou-se um estudo multidisciplinar acerca do aborto, com considerações jurídicas e sociais, vislumbrando demonstrar o descabimento da Lei Penal para regulamentar a matéria, em razão de sua condição de problema de saúde pública. Utilizou-se para tanto os mecanismos da pesquisa descritiva e exploratória, via análise bibliográfica e documental, que se classifica, quanto ao gênero, como uma pesquisa de enfoque qualitativo.

Na pesquisa descritiva “os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o pesquisador interfira neles. Isto significa que os fenômenos do

mundo físico e humano são estudados, mas não manipulados pelo pesquisador” (ANDRADE, 2001, p. 124), por sua vez, através da pesquisa exploratória busca-se evidenciar o problema e construir hipóteses, visando aprimorar os argumentos utilizados, mediante levantamento bibliográfico e análise de exemplos que "estimulem a compreensão" (GIL, 2002, p. 41).

Para a análise bibliográfica e documental foram estudados clássicos do direito constitucional e do direito penal; artigos científicos, teses e dissertações sobre a matéria; bem como, o Código Penal Brasileiro, mais especificamente a parte especial, capítulo I, título I, arts, 124 a 128; a Constituição Federal, com ênfase nos direitos e garantias fundamentais; documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário; o HC/84.025, a ADI/3.510, a ADPF/54 e o HC/124.306, os quais estabeleceram premissas para o enfrentamento da questão constitucional do aborto perante o Supremo Tribunal Federal; e a exordial da ADPF/442.

É uma pesquisa fundamentada no método qualitativo, o qual preocupa-se com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. Todavia, este tipo de pesquisa é criticada por seu empirismo, pela subjetividade e pelo envolvimento emocional do pesquisador (MINAYO, 2001, p. 14).

Portanto, a pesquisa busca agregar dados que instiguem a reflexão sobre a constitucionalidade da criminalização do aborto frente aos preceitos constitucionalmente assegurados à pessoa humana, assim como, acerca da eficácia da lei penal para coibir a prática do aborto. Outrossim, busca-se contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde todos os cidadãos, independentemente do sexo, raça e condição sócio-econômica, sejam detentores absolutos dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal do Brasil, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais.

2. ABORTO

Para iniciarmos o presente estudo, é de fundamental importância que se tenha uma visão ampla acerca das teorias da evolução da vida, dos conceitos médico e jurídico do aborto, bem como das excludentes de ilicitude. Dessa forma, neste primeiro capítulo será realizada uma breve revisão histórica da problemática do aborto, bem como uma análise da constitucionalidade dos tipos penais impugnados após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.1. TEORIAS DA ORIGEM DA VIDA

A problemática do aborto relaciona-se intrinsecamente com a questão do momento inicial da vida humana, todavia, a despeito da inexistência de um entendimento pacífico sobre o assunto, se faz necessário à garantia da segurança jurídica, que o ordenamento jurídico brasileiro adote um posicionamento teórico paradigma para a matéria, uma vez que a vida constitui pressuposto e requisito dos demais direitos. Diversas são as teses científicas que discutem o marco inicial da vida, cada qual com um fundamento próprio, destacando-se, dentre essas abordagens, a tese da genética, da embriologia, da neurologia, da ecologia e a gradualista. Outrossim, a divergência interpretativa a esse respeito não se restringe ao campo da ciência, se propagando igualmente, nos domínios da Filosofia e da Religião.

Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga. Tão velha quanto a arte de perguntar – a questão despertou o interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia. Em seu livro *República*, Platão defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a ideia de que casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. Para Platão, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento. (MUTO e NARLOCH, 2005)

No âmbito do Direito, as teorias que buscam estabelecer a definição bioética da origem da vida que mais se evidenciam são a concepcionista, a da nidação e a do desenvolvimento do sistema nervoso central. Os defensores da corrente concepcionista defendem o início da vida a partir da fecundação, isto é, a partir do momento em que o espermatozoide se funde ao óvulo, dando origem ao zigoto, célula diploide que guarda as informações genéticas dos progenitores e que, por diferenciação e embriogênese, dará origem ao embrião.

Nesse sentido, a pesquisadora Renata Rocha, em seu livro “Direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos”, elucida que:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento. (2008, p. 75)

O penalista Fernando Capez defende esta corrente, entendendo que “a origem da vida humana, ainda dentro do organismo materno, se dá com a fecundação, isto é, com a fertilização do óvulo pelo espermatozoide” (2012, p. 261).

Por sua vez, a teoria da nidação tem por marco inicial da vida humana o momento no qual o conceito fixa-se na parede do útero materno e tem início o desenvolvimento embrionário. Infere-se, portanto, que para os adeptos desta teoria, a vida somente iniciar-se-ia alguns dias depois a fecundação, mais precisamente, por volta de uma semana após a união dos gametas.

Os seus defensores ratificam tal entendimento afirmando que não se pode atribuir status de vida humana ao zigoto, em virtude de até a nidação ser possível a segmentação do indivíduo, bem como, ser biologicamente impossível o seu desenvolvimento completo aquém do útero materno.

A esse respeito, Cristiane Vasconcelos discorre em seu livro: “A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia”, que:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião. (2006, p. 35)

Noutra senda, a defesa do direito à vida com fulcro na teoria do desenvolvimento do sistema nervoso central fundamenta-se na analogia para com o marco final da vida. Logo, se resta pacificado o entendimento que a vida humana se extingue, para o Direito, com a morte encefálica, lícito seria concluir que aquela se inicia com o surgimento do cérebro.

Destarte, se a lei não confere proteção à vida em face da paralisação completa e irreversível das atividades do sistema nervoso central, em sentido inverso deve-se inferir que aquele que ainda não desenvolveu tal sistema, não será igualmente detentor deste direito. Nesse esteio, advogam Fernanda Sousa e Luís Roberto Barroso, respectivamente:

Esta teoria sustenta como principal defensor o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o qual defende que, por ser o homem um ser fundamentalmente consciente, não é possível admiti-lo como tal antes do quarto mês de gestação, quando se pode constatar, eletroencefalograficamente, a atividade do sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de possuir consciência. (SOUSA, 2010, p. 100)

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar (BARROSO, 2006, p. 27).

Ademais, cabe ressaltar que em razão do elevado desenvolvimento científico atingido pela humanidade, sabe-se ser possível manter o funcionamento do corpo humano mesmo depois de declarada a morte clínica da pessoa, ou seja, diante da ausência de atividade neurológica no tronco cerebral ou no cérebro. Portanto, é imprescindível que haja a distinção entre vida humana e vida biológica, situação esta na qual se enquadra o embrião antes da formação cerebral.

Vê-se, desse modo, que a missão do intérprete, desvinculado de qualquer influência de natureza confessional ou religiosa, é ponderar as variadas definições existentes sobre a matéria e optar por aquela que julgue ser a mais adequada ao interesse público e condizente para com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados a pessoa humana.

2.2. CONCEITO MÉDICO E JURÍDICO DO ABORTO

A literatura médica define o abortamento como a interrupção da gestação antes do início do período perinatal, isto é, a partir da completude da vigésima segunda semana ou centésimo quinquagésimo quarto dia gestacional. Outrossim, a Organização Mundial da Saúde (OMS) conceitua o abortamento como a expulsão do conceito com peso inferior a 500 g, com cerca de 20-22 semanas completas de gestação, ocorre de forma precoce, antes da 13ª semana, e tardia, entre a 13ª e a 22ª semana de gestação, o qual classifica-se por sua etiologia como espontâneo ou provocado (DOMINGOS e MERIGHI, 2010).

Trata-se, pois, da morte do produto da concepção, independentemente da sua expulsão do corpo materno, durante a fase incipiente de formação, compreendida até a décima segunda semana gestacional, com base na viabilidade extrauterina do embrião.

Destarte, o aborto é considerado precoce, quando ocorre até a décima segunda semana gestacional, ou tardio, quando acontece entre a décima segunda e vigésima segunda semana. Após este período, a morte fetal é designada como parto prematuro, uma vez que, a partir de

então, o feto já possui potencial para se desenvolver separadamente do corpo materno (UNA-SUS, UNIFESP).

Com base em dados disponibilizados pela Universidade Federal de São Paulo - Unifesp, o abortamento consiste na mais comum interferência obstétrica, uma vez que até 20% das gestações evoluem para aborto antes de 20 semanas, sendo que, destas, 80% são interrompidas até a 12ª semana. A perda de gestações subclínicas, ou seja, que ocorrem antes do primeiro mês de gestação, ou não diagnosticadas é ainda maior, podendo chegar a 30%. Por sua vez, com o avançar da idade gestacional a frequência diminui, sendo baixo o risco geral de abortar depois da 15ª semana (0,6%) (UNA-SUS, UNIFESP).

Ademais, consoante estudo realizado pelo Ministério da Saúde, em 2006, sobre mortalidade em mulheres com ênfase na mortalidade materna, o abortamento foi responsável por 11,4% do total das mortes maternas e por 17% das causas obstétricas diretas nas capitais brasileiras, sendo que uma parcela significativa desses casos correspondeu ao aborto provocado (DOMINGOS e MERIGHI, 2010). Desse modo, depreende-se a necessidade de serviços de saúde estruturados nos diversos níveis de assistência para garantir atendimento às mulheres, como mecanismo de prevenção da morbimortalidade materna relacionada ao aborto.

A ciência do Direito, com fulcro no entendimento médio da doutrina pátria, considera aborto a morte do ovo, embrião ou feto resultada da interrupção da gestação. Nesse sentido, “o estado de gravidez, em que ocorre o aborto, termina com o início do parto” (MIRABETE, 2013, p. 61). Roberto Bitencourt esclarece que o aborto se traduz na “solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina” (2002, p. 427).

Por sua vez, Mirabete define o aborto como sendo “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. (...) não implicando necessariamente a sua expulsão” (2013, p. 59). Quanto à natureza, a interrupção da gravidez pode ser espontânea ou natural, acidental ou induzida, sendo demandada análise médica do caso concreto para a identificação do seu fato gerador, o qual se faz *mister* para o Direito, posto que, apenas, o aborto provocado é objeto de interesse da lei penal.

Nesse esteio, conforme preleciona Rogério Sanches, o abortamento em seu viés jurídico é a conduta, omissiva ou comissiva, perpetrada por aquele que objetiva provocar a interrupção da vida endouterina, pouco importando para a caracterização da ação se a gravidez, termo inicial para a prática do aborto, é natural ou oriunda de inseminação artificial (2016, p. 95).

Com fulcro no exposto, pode-se inferir que o objeto precípua da proteção legal é o feto ou embrião, restando, portanto, tipificado o ato doloso de provocar a expulsão antecipada do conceito.

Alberto Silva Franco, em entendimento congênere, sustenta:

(...) a expressão 'aborto' corresponde a um elemento normativo do tipo e, portanto, a um elemento necessitado de valoração por parte do juiz ou do intérprete. É evidente que o preenchimento da área de significado desse dado compositivo da figura típica deve ser buscado em campo extra-penal, na medicina, ou mais especificamente, na biologia, na parte em que cuida do processo de formação da vida e de suas causas de interrupção. (1992, p. 90)

Todavia, a despeito do excelente trabalho dos doutrinadores pátrios, resta imperioso destacar a omissão do legislador quanto à estipulação de um conceito legal para o aborto. Interessante sublinhar, ainda, que alguns doutrinadores rechaçam o uso do termo aborto, uma vez que este se refere apenas ao produto advindo do abortamento, expressão esta considerada mais correta, visto que designa de fato a ação.

A lei penal tipifica a conduta do autoaborto e o consentimento no aborto, do aborto realizado mediante o consentimento da gestante e do aborto perpetrado contra a sua vontade. Nesse diapasão, infere-se a tipicidade da ação de praticar aborto em si mesma ou de permitir que outrem lho provoque, de maneira livre e consciente, *ex vi* dos arts. 124 e 126, título I, capítulo I, da Parte Especial do Código Penal:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Resta claro que o legislador, ao criminalizar a conduta do aborto, visou resguardar, primeiramente, o direito à vida da vida em formação como bem maior a ser preservado. Conquanto, atentou-se, também, em proteger a vida e a integridade física da gestante, ao dispor sobre a hipótese de aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento.

Nesses termos, incorrerá no crime de aborto, descrito no art. 124 do Código Penal, a mulher que livre e conscientemente interromper sua gestação, obtendo como resultado prático a morte do feto (MIRABETE, 2013, p. 60). Saliente-se, ainda, que somente estar-se-á diante

do delito previsto neste artigo se a ação for realizada ou consentida pela própria gestante, uma vez tratar-se de crime próprio.

Por sua vez, aquele que provocar aborto sem o consentimento da gestante ou mesmo mediante o consentimento desta, incorrerá nos tipos previstos nos arts. 125 e 126 do Decreto Lei nº 2.848, respectivamente. O sujeito ativo nestes casos pode ser qualquer pessoa, logo, estar-se-á diante de crimes comuns.

Em todos os casos previstos o objeto material do crime é o produto da concepção, por conseguinte, o estado de gravidez é condição *sine qua non* para a existência do delito. Igualmente restará configurado a situação de crime impossível, quando o método utilizado for absolutamente ineficaz ou intentado contra feto já morto.

A doutrina majoritária aponta como marco inicial da gravidez, tendo em vista a lei penal, a nidação do óvulo no útero, posto que se adotada fosse a teoria da fecundação, ilícita seria a utilização de métodos anticoncepcionais como o dispositivo intrauterino (DIU) e a pílula do dia seguinte, uma vez que produzem seus efeitos depois da fecundação.

Ademais, não se condenará o aborto de gravidez extrauterina ou ectópica, isto é, que se deu em outro lugar que não o útero, ou de gravidez molar, a qual se refere a tumores trofoblásticos gestacionais. “No primeiro caso, a gravidez não pode chegar ao seu termo e, no segundo, a mola, produto degenerado da fecundação de um óvulo, não tem possibilidade de destino humano” (MIRABETE, 2013 p. 61).

Assim, mesmo que tenha havido prática tipicamente abortiva, não haverá crime se o laudo pericial concluir pela inviabilidade fetal em razão de uma “concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida” (MIRABETE, 2013, p. 61), ou constatar que o óbito do feto ocorreu em momento anterior às manobras que lhe foram dirigidas. Também será atípica a interrupção da gestação realizada por médico, quando inexistir outro meio eficaz para salvar a vida da mãe ou se a gravidez decorrer de estupro, consoante disposto no art. 128, I e II do Decreto Lei nº 2.848/40.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Desta sorte, infere-se que o legislador ao criar as hipóteses de aborto necessário (terapêutico) e sentimental (ético ou humanitário), preocupou-se em resguardar a vida e a honra da gestante, visto que ao tempo de sua elaboração, predominava no Brasil uma

sociedade patriarcal e machista, e uma medicina altamente atrasada (BITENCOURT, 2007, p. 129).

Pelo inciso I do art. 128 está autorizado o aborto necessário, que é aquele que pode ser praticado em razão da continuidade da gravidez acarretar risco de vida à mulher. Todavia, saliente-se que esta é uma medida excepcional e somente admissível diante da inexistência de nenhum outro meio apto de salvar a vida da gestante (BITENCOURT, 2007, p. 139).

Nesta hipótese é admissível a interrupção da gravidez mesmo sem o consentimento da grávida, *ex vi* do art. 146, § 3º, I (CAPEZ, 2012, p. 265). Logo, “não se trata tão somente de risco de vida para a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretara ou não risco de vida para a mulher grávida” (CAPEZ, 2012, p. 265). Igualmente, não será lícita a interrupção gestacional por motivos de emocionais não relacionados à excludente do inciso II, como por exemplo, para evitar a desonra própria ou familiar (BITENCOURT, 2007, p. 139).

Por sua vez, o inciso II faculta à mulher que tenha sido vítima de estupro o direito de realizar, a qualquer tempo, a interrupção voluntária da gestação. Todavia, recomenda-se que haja “a prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal” (BITENCOURT, 2007, p. 140), uma vez que ausente qualquer um dos requisitos mencionados, o médico responderá pelo crime de aborto, salvo demonstrada a sua boa-fé, que afasta a atipicidade por erro de tipo.

Nada obstante, cumpre destacar, que o legislador ao elaborar a permissiva legal decorrente do estupro, não condicionou a autorização à prévia sentença condenatória em face do autor do estupro ou autorização judicial (CAPEZ, 2012, p. 266).

Assim, para que o médico execute o procedimento é suficiente que este submeta-se ao Código de Ética médica, admitindo como prova elementos como boletim de ocorrência, declarações, atestados, etc. (MIRABETE, 2013, p. 66).

Ademais, ressalte-se que, com advento da Constituição Federal de 1988, a permissiva do aborto em decorrência de estupro, que se justificava na preservação da honra mulher, uma vez que o Código Penal de 1940 resta conforme a cultura, costumes e hábitos dominantes da década de 30 (BITENCOURT, 2007, p. 129), passou a amparar-se nos direitos constitucionais à dignidade da pessoa humana e à saúde em sentido amplo.

O aborto sentimental é de suma importância para o trabalho em apreço, uma vez que autoriza a interrupção de gestação de feto absolutamente viável, em prol da autonomia reprodutiva e sexual da mulher, que não deverá ser obrigada a carregar em seu ventre, por

longos nove meses, um feto que se originou de um coito não concedido, de uma clara violação física e moral de sua integridade (Ministro Joaquim Barbosa, voto, HC 84.025).

Consoante o exposto, aduz-se que a tutela à vida do nascituro não é absoluta, visto que a norma se atentou em resguardar o direito de escolha da mulher, inobstante prévia análise da viabilidade ou inviabilidade do conceito. Portanto, apesar da lei apenas excluir a ilicitude da conduta, tal conjuntura configura expressa proteção jurídica à liberdade e à autonomia privada da mulher.

Nesse sentido, infere-se que o legislador ao cancelar o art. 128, II, concedeu o direito de escolha da mulher de prosseguir ou cessar a gestação consoante o seu livre-arbítrio, não lhe impondo, em momento algum, o aborto mandatório. Destarte, caso a gestante opte pela interrupção da gravidez, contra ela não poderá correr processo criminal, uma vez que estará amparada pela excludente legal.

O aborto social, ao revés, é vigorosamente punido, independentemente da condição de vulnerabilidade socioeconômica da gestante (MIRABETE, 2013, 67). Estes casos são os mais preocupantes, pois, em razão da situação de penúria e miséria na qual se encontram, submetem-se à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros. Ressalte-se que, em geral, estas mulheres já são mães, muitas vezes solteiras, que em ato de desespero, para evitar agravar a situação de penúria e miséria da família, realizam o aborto para salvar a vida dos demais filhos.

Noutra senda, recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi interpelado com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – ADPF/54, a qual contestava a constitucionalidade da criminalização do aborto quando diante de um quadro gestacional de embrião anencefálico. A discussão da matéria durou oito anos e requereu até audiências públicas para melhor elucidar a questão.

Os ministros entenderam, em linha de continuidade às excludentes legais, pela admissibilidade da ação, uma vez que sendo inviável a vida extrauterina do feto, obrigar a mulher a manter a gestação era um ato incompatível ao direito à dignidade e à integridade da pessoa humana. Relembrando o saudoso Ministro Luiz Gallotti, o Ministro Celso de Melo aduziu:

(...) considerando o alto significado da decisão a ser tomada por esta Suprema Corte, nesta ação de descumprimento de preceito fundamental, sobre o pretendido direito, em favor de gestantes, à antecipação terapêutica de parto, nas situações excepcionais de anencefalia fetal, tenho presente a grave advertência, por ele então lançada, de que, em casos emblemáticos como este, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele próprio, “julgado pela Nação” (RTJ 63/299, 312). (Celso de Melo, voto, ADPF 54).

Destaque-se que nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, não se pode falar em um factual conflito entre o direito do feto à vida e da mulher à liberdade e à autonomia sexual, pois a vida daquele somente existirá enquanto ligada a esta, uma vez que ao ser expulso do útero materno, não será biologicamente capaz de sobreviver. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio dispôs:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (ADPF 54)

Ademais, em comparação com as excludentes de ilicitude já elencadas no art. 128, I e II, da lei penal, proibir a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o qual se encontra fadado ao óbito, tão logo, venha ao mundo, seria em nada razoável, visto que aquelas autorizam suspender o desenvolvimento de feto cuja vida extrauterina seria plenamente viável. O ministro Celso de Melo, em voto proferido no julgamento da ADPF 54, asseverou:

O Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, no estágio em que já se acha este julgamento, está a reconhecer que a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação. (...) Nessa específica situação, a causa supralegal mencionada traduzirá hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que inexistente, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde e com possibilidade, até mesmo, de risco de morte, consoante esclarecido na Audiência Pública que se realizou em função deste processo. (ADPF 54)

Repise-se, por fim, que os direitos que alimentaram o caso, constroem a base dos direitos humanos, bem como envolvem questões éticas, religiosas, filosóficas e morais, fato que acarreta debates calorosos, apaixonados e, muitas vezes, extremistas. Outrossim, sendo o Brasil uma República laica, não pode o Supremo se deixar influenciar pelas paixões, cabendo-lhe decidir com fulcro em uma análise constitucional.

Nesse diapasão, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, enfatizou de forma precisa:

(...) nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifos no original).

Portanto, a questão do aborto precisa ser analisada por um viés estritamente jurídico, visto que envolve, concomitantemente, valores que se revestem de uma importância única, como o direito à vida, à saúde, à liberdade em seu sentido maior, à preservação da autonomia da vontade, da legalidade, à dignidade da pessoa humana e à cidadania das mulheres. Outrossim, provoca o embate normativo entre bens jurídicos de valores supostamente iguais, notadamente, o direito à vida do nascituro e a discussão que perpassa sua titularidade, em detrimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

3. ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

3.1. Dos direitos fundamentais da pessoa humana

Os direitos fundamentais, também conhecidos como liberdades públicas, em sentido amplo, caracterizam-se como o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social (BULOS, 2012, p. 522).

Validados pela Constituição Federal, vislumbram especial proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), princípio fundamental da República que reflete a unanimidade de direitos e garantias fundamentais do homem, consagrando-se como um imperativo da justiça social. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 509), “a dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem”

O campo de incidência da dignidade humana é vasto e robusto, abrange em torno de si valores espirituais e materiais, sendo a sua observância “obrigatória para a exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui” (BULOS, 2012, p. 509). Destarte, configura-se como primado basilar à concretude dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

As liberdades públicas possuem, pois, do ponto de vista formal, natureza jurídica de normas constitucionais positivas. Noutra senda, no âmbito material, amoldam-se em conformidade com a ideologia e modalidade de cada Estado, bem como de acordo com os valores e princípios que a Constituição acolhe, ou seja, cada Estado, em específico, possui seus direitos fundamentais próprios (SCHMITT apud BONAVIDES, 2013, p. 579).

Outrossim, classificam-se quanto a sua finalidade, que pode ser de defesa ou instrumentalização. Na qualidade de direitos de defesa, vislumbram resguardar as liberdades e garantias individuais, através de uma ação negativa, isto é, uma abstenção do Estado. Em contrapartida, os direitos instrumentais impõem prestações positivas ao Poder Público, facultando ao particular reivindicar a proteção contra atos de terceiros, a tutela contra discriminações e o cumprimento de prestações sociais em sentido amplo.

Nesse sentido, o doutrinador alemão, Robert Alexy, na sua obra intitulada *Teoria dos direitos fundamentais*, esclarece que:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraposto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. (ALEXY, 2012, p. 433).

Infere-se, pois, por direitos de proteção, ou defesa, os direitos subjetivos constitucionais do titular de direitos fundamentais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado a que este o projeta contra intervenções de terceiros de mesma hierarquia (ALEXY, 2012).

Já os direitos instrumentais à organização e procedimento constituem tanto “direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas” (ALEXY, 2012, p.474).

Por sua vez, caracterizam-se como direitos instrumentais à prestação em sentido estrito (direitos fundamentais sociais) os direitos do indivíduo, ante o Estado, a prestações fáticas que poderia obter também de particulares, caso dispusesse dos recursos financeiros necessários e existisse no mercado uma oferta suficiente (ALEXY, 2012).

As declarações de direitos fundamentais encontraram guarida, inicialmente, “nos pactos, forais e cartas de franquia” (BULOS, 2012, p. 523), entretanto, somente no século XVIII, com a Revolução Francesa que as máximas da liberdade, igualdade, fraternidade, primados dos direitos humanos fundamentais, consagraram-se de fato.

Não obstante, interessante se faz observar que “a expressão direitos do homem foi expressa, em termos normativos, pela primeira vez, no Texto Imperial brasileiro de 1824” (BULOS, 2012, p. 524). Diante das transformações sociais na positivação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência convencionaram chamar de “gerações” as diversas fases que se desenvolveram ao longo da história no campo das liberdades públicas.

Hodiernamente, três são as gerações indubitavelmente sedimentadas, porém, cresce constantemente o número de defensores de uma quarta geração e, até mesmo, de uma quinta geração de direitos fundamentais.

De acordo com a lição de Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 525)., os direitos fundamentais de primeira geração, datados do final do século XVIII, realçam o princípio da liberdade e demandam uma prestação negativa do Estado, ou seja, uma não intervenção

estatal, “com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, etc” Nesse sentido, dispõe Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2013, p. 582)

Já os direitos fundamentais de segunda geração, surgem no cenário pós I Guerra Mundial, início do século XX, e evocavam direitos sociais, econômicos e culturais. O tempo histórico no qual se originaram, justifica a reivindicação social por ações positivas do Estado, isto é, uma prestação positiva no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem e acentuar o primado da igualdade e do bem-estar da coletividade.

Tais direitos trouxeram, portanto, modificações ao Constitucionalismo Liberal que dominou o século das luzes, despontando na conclusão de que um mínimo de intervenção estatal é essencial para cultivar e proteger a justiça.

A despeito dessa nova realidade, os direitos sociais fundamentais adquiriram uma posição mais robusta e destacada, através da primazia dos “valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade, bem como do primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder” (BONAVIDES, 2013, p. 622).

Outrossim, os direitos fundamentais de terceira geração enaltecem o primado da fraternidade ou solidariedade. Seu fundamento reside na proteção dos direitos difusos em geral, tais como o “direito ao meio ambiente equilibrado, à vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço tecnológico” (BULOS, 2012, p. 527), etc.

Dotados de um altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2013, p. 587-588).

Nesse diapasão, reproduzindo as palavras do Ministro Celso de Mello, relator do MS nº 22.164/SP, conclui-se que:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio

da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, 1995).

Nada obstante, “o tempo em que estamos vivendo revela alterações na vida e no comportamento dos homens” (BULOS, 2012, p. 526), razão pela qual alguns doutrinadores de renome como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e Uadi Lammêgo Bulos proclamam, por sua vez, os direitos fundamentais de quarta dimensão, nos quais se inserem os direitos relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo.

Para Bonavides (2013, p. 589), “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Há ainda quem defenda direitos fundamentais de quinta geração, que correspondem à paz “como um direito autônomo e fundamental no mundo contemporâneo” (BULOS, 2012, p. 527). Todavia, este ainda não foi integralmente recepcionado pela doutrina ou jurisprudência, uma vez que pode ser compreendido como um viés do direito à fraternidade. Em contrapartida, seus defensores alegam que a sua importância consiste na necessidade de um pensamento “além das balizas ortodoxas, que comumente norteiam o estudo dos direitos humanos” (BULOS, 2012, p. 527).

Neste ponto, resta preciso alumiá-lo que as gerações de direitos humanos demarcam os períodos de evolução das liberdades públicas, sem que, no entanto, a existência de uma nova geração exclua o campo de incidência da outra, uma vez tratar-se de direitos cumulativos.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 525), “seu uso, ao contrário do que se pode imaginar, demonstra a ideia de conexão de uma geração à outra. Os direitos de primeira geração, por exemplo, irmanam-se com os de quarta geração, os de segunda com os de terceira, e assim por diante”.

Indo além, pode-se inferir que a teoria geracional dos direitos fundamentais transcende o caráter cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, posto que, aponta também a unidade e indivisibilidade destes.

Assim acontece no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ (SARLET, 2007, p. 55).

Conclui-se, pois, que a nova hermenêutica constitucional aferiu aos direitos fundamentais caráter normativo universal, ao subjetivar de forma concreta e positiva na titularidade destes qualquer pessoa humana, independentemente da sua nacionalidade, pois “é

pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade” (BONAVIDES, 2013, p. 592).

Todavia, a realidade fática-jurídica dos países nem sempre disponibiliza meios que satisfaçam e assegurem juridicidade, concretude, positividade e eficácia aos direitos fundamentais, em especial, aos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, diante da realidade social brasileira, Bonavides destacou que apesar de na esfera formal a Carta Magna atender ao primado da universalidade das liberdades públicas em sentido amplo, verifica-se grave omissão constitucional quanto aos mecanismos de harmonização destes ideais para com o cenário político, social, econômico e jurídico do país.

Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida.

[...]

Com efeito, na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora. (BONAVIDES, 2013, p. 395).

Malgrado o art. 5º, § 1º do Texto Federal disponha sobre a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, na prática sabe-se que esses direitos são constantemente desrespeitados. Outrossim, Ludimila Franca, em alusão aos ensinamentos do mestre Norberto Bobbio, afirma que “o desafio em face dos direitos humanos não se limita a afirmá-los ou salvaguardá-los, mas, principalmente, torná-los efetivos: fazer com que tais direitos sejam levados a cabo, cumpridos, eficazes” (FRANCA, 2009).

Portanto, é neste contexto de desrespeito à prática e à defesa dos direitos sociais que se insere a discussão da problemática do aborto como uma questão de saúde pública, posto que o direito à saúde na qualidade de direito social fundamental de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª gerações, de acordo com a Teoria da Geração de Direitos Humanos de Norberto Bobbio (1992, p. 217), é essencial para a promoção do direito a dignidade da pessoa humana, fundamento no qual reside os direitos e garantias fundamentais.

3.2. ACESSO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL

O direito à saúde encontra-se previsto no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, art. 6º da Constituição Federal, que dispõe: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988). Ademais, o constituinte ao tratar sobre a Ordem Social – Título VIII, dedicou à saúde uma seção exclusiva no Capítulo II – Da Seguridade Social.

Trata-se de um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF). Sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197, CF).

O art.198 do Texto Constitucional dispõe que o Sistema Único de Saúde (SUS) integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, constitui o instrumento através do qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, sendo regido pelas diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera do governo; do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e da participação da comunidade, que confirma o seu caráter de direito social coletivo.

Consoante alhures, infere-se que a saúde é um direito social constitucional coletivo, porquanto tem como objetivo assegurar o bem-estar e a justiça sociais, com fulcro no primado da dignidade da pessoa humana, o qual se apresenta como matriz axiológica da Carta Magna nacional. Assim, “apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal”, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende que “o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos” (BRASIL. Stf. Re nº 939351. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 29.09.2017).

Percebe-se, portanto, que o direito fundamental à saúde incide no domínio de todas as gerações de direitos fundamentais, visto que se trata de um direito público subjetivo, logo, pauta-se na autonomia da vontade, demandado uma prestação negativa do Estado.

Entretanto, quando solicitado, cabe ao Poder Público disponibilizar ações e serviços que garantam a sua concretização; ademais, é um direito de caráter difuso, envolve questões bioéticas e faz-se essencial para a manutenção da paz.

Diante de tal cenário surge a questão da necessidade de inserção do aborto como uma questão de saúde pública, posto que, a despeito de sua criminalização, este é uma realidade na vida reprodutiva das mulheres brasileiras e uma das maiores causas da morbidade e

mortalidade materna no Brasil. De acordo com levantamento realizado pela a OMS, em 2005, no Brasil, 31% dos casos de gravidez terminam em abortamento.

De acordo com as estimativas, anualmente ocorrem 1,4 milhão de abortamento espontâneo e inseguro, com uma taxa de 3,7 abortos para cada 100 mulheres em idades de 15 a 49 anos (DOMINGOS e MERIGHI, 2010). Outrossim, em estudo realizado pelo Ministério da Saúde, em 2006, sobre mortalidade em mulheres com ênfase na mortalidade materna, o abortamento foi responsável por 11,4% do total das mortes maternas e por 17% das causas obstétricas diretas nas capitais brasileiras, sendo que uma parcela significativa desses casos correspondeu ao aborto provocado (DOMINGOS e MERIGHI, 2010). Destarte, os dados da Pesquisa Nacional do Aborto 2016, demonstraram que aproximadamente uma a cada cinco brasileiras, aos 40 anos, já abortou ao menos uma vez ao longo da vida, bem como estimou-se que, em 2016, aproximadamente, 4,7 mulheres já fizeram aborto em algum momento da vida (DINIZ, et al, 2016).

A criminalização da interrupção da gestação constitui, portanto, uma fonte gravíssima de afronta aos direitos fundamentais das mulheres, em especial, o direito à saúde, pois, a coerção penal não impede a realização do aborto, apenas impõem-lhes um sofrimento incalculavelmente maior, uma vez que além de precisarem recorrer a métodos alternativos e clínicas clandestinas, que põem suas vidas em risco, angustiam-se ainda com a possibilidade da coerção penal (Portugal. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 75/2010. Processos nº 733/07 e 1186/07. Diário da República, 2ª série, nº 60, 26.03.2010: 15585).

Nesse sentido, o estudo realizado pela Dra. Sedgh e colaboradores, publicado na revista Lancet, em 2012 (SEDGH Y COLS, 2012), concluiu que há uma relação inversamente proporcional entre leis restritivas do aborto e a diminuição das taxas de abortamento. Em outras palavras, os países que mantêm leis restritivas não lograram êxito em diminuir as taxas de aborto e, ao contrário, revelaram taxas mais elevadas, em geral, do que a dos países em que as leis sobre aborto são mais liberais (FAUNDES, 2016).

Destarte, é seguro afirmar que o aborto constitui para a mulher uma fonte de doença gravíssima, que afeta tanto a sua integridade física quanto psicológica. Afronta igualmente o direito à vida e à segurança, previstos no art. 5º da CF, por relegar estas gestantes à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros, que resultam em mortes e morbidades evitáveis.

Nesse sentido, advogou a Organização das Nações Unidas ao recomendar a América Latina e Caribe, durante a Primeira Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e Caribe (2013), a disponibilização universal de serviços

de saúde sexual e reprodutiva com fins de “eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, incorporando no conjunto de prestações integrais dos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva medidas para prevenir e evitar o aborto inseguro” (ADPF/442, p. 11).

Nada obstante, segundo dados do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), referentes ao período 2006 a 2015, o Brasil apresentou a sétima maior taxa de gravidez na adolescência da América do Sul, com um índice de 65 gestações para cada 1 mil meninas de 15 a 19 anos. Por sua vez, com fulcro nos resultados da PNA 2016, somente no ano de 2015, foram realizados cerca de 503 mil abortos (2016, p. 656). Os dados retrocitados são preocupantes e demonstram clara ineficácia do Governo para com a assistência à saúde, incluindo o planejamento reprodutivo e o aborto.

Outrossim, o relatório 2017 do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) asseverou que o acesso limitado ao planejamento reprodutivo provoca, anualmente, 89 milhões de gestações não intencionais e 48 milhões de abortos em países em desenvolvimento, os quais, em geral, possuem leis restritivas de aborto. Logo, considerando-se que a maioria dos abortos ocorre à luz da ilegalidade, ou seja, são feitos fora das condições plenas de atenção à saúde, é indubitável a condição de problema de saúde pública do aborto.

Desse modo, infere-se que a morte de mulheres em decorrência do aborto clandestino configura-se apenas como a ponta de um iceberg enorme, cuja base está representada por todas as complicações, leves e graves, decorrentes do aborto inseguro, sobretudo, quando se agrava com infecção pélvica.

Ademais, há que se considerar a saúde psicológica da mulher, que diante de uma gravidez não planejada e da sua hipossuficiência econômica imerge em um universo de ansiedade e desespero, que a leva a buscar a clandestinidade, muitas vezes sórdida e custosa, dado as suas condições financeiras (FACUNDES, 2016).

Por fim, se faz necessário ressaltar que a criminalização do aborto, afora expor a vida e a saúde da mulher, em sentido amplo, a severos e evitáveis danos, acarreta para o Estado um prejuízo financeiro considerável, posto que, diversos estudos demonstram que a atenção às complicações do aborto é muito mais onerosa do que a atenção de um parto, e muitíssimo superior à prestação de serviços de aborto seguro, essencialmente se realizado sem internação hospitalar, através de aspiração manual intrauterina ou com o uso de remédios (FACUNDES, 2016).

3.3. PESQUISA NACIONAL DE ABORTO 2016

Nesse contexto, objetivando demonstrar a magnitude do aborto Brasil e o perfil das mulheres que a ele submetem-se, a Pesquisa Nacional do Aborto 2016, realizada pela antropóloga Débora Diniz, pelo sociólogo Marcelo Medeiros e pelo médico Alberto Madeiro, comparou os resultados coletados nesta pesquisa com os da PNA 2010, que foi realizada sob os mesmos moldes metodológicos daquela.

A pesquisa realizou um levantamento domiciliar com 2.002 mulheres, entre 18 e 39 anos, alfabetizadas, residentes em áreas urbanas, combinando as técnicas de urna e entrevistas face-a-face. Esta metodologia confere a pesquisa um significativo grau de confiabilidade, pois, diante de um contexto restritivo da lei, a entrevista face-a-face subestima a real incidência do aborto no Brasil, todavia, não há indicações claras de que o mesmo ocorra com a técnica de urna (*ballot-box technique*), uma vez que esta assegura as entrevistadas “não apenas o sigilo das respostas, mas também a percepção do sigilo” (PNA 2016, p. 654), fato que contribui diretamente para a veracidade das informações.

Conquanto, a fim de garantir ainda mais segurança à pesquisa, combinou-se a técnica de urna com entrevistas face-a-face, realizadas apenas por entrevistadoras, que indagaram sobre informações sociais e demográficas. Os dois questionários possuíam códigos, logo, foi possível realizar, posteriormente, a combinação de ambos os instrumentos sem prejuízo do sigilo e confidencialidade das informações.

Da pesquisa extraiu-se que o aborto é uma prática comum e persistente entre as mulheres brasileiras, visto que das 2002 mulheres entrevistadas, 13% delas já abortaram pelo menos uma vez na vida. Observou-se que as taxas tendem a ser mais elevadas entre as mulheres mais maduras, no entanto, tal resultado decorre do fato da pesquisa haver questionado sobre os abortos realizados ao longo da vida (PNA 2016, p. 656).

Vislumbrando fornecer dados a nível nacional, realizou-se a extrapolação dos resultados da PNA 2016, porém, é essencial tomar tal resultado com cautela, porquanto o mesmo alcança grupos fora do universo da pesquisa, que se limitou a analisar mulheres alfabetizadas das áreas urbanas. Outrossim, feitas as considerações necessárias, passemos aos números:

Em 2016 o total estimado de mulheres de 18 e 39 anos no Brasil, incluindo as vivendo em áreas rurais, era de 37.287.746. Extrapolando-se a partir das taxas de aborto de alfabetizadas urbanas (13%), o número de mulheres que, em 2016, já fez aborto ao menos uma vez, portanto, seria em torno de 4,7 milhões. Aplicando-se a

taxa de aborto no último ano, o número de mulheres que o fizeram somente no ano de 2015 seria de aproximadamente 503 mil. (PNA 2016, p. 656)

Questionadas sobre o meio que utilizaram para realizar o aborto, metade das entrevistadas informaram ter utilizado medicamentos, todavia não se investigou quais foram estes. Sabe-se que o Misoprostol, recomendado pela Organização Mundial da Saúde para abortos seguros, é o principal remédio utilizado pelas mulheres brasileiras para atingir tal fim, no entanto, apenas as que possuem melhores condições financeiras podem dele se valer. Por sua vez, do total de entrevistadas que realizou o aborto, metade sofreu complicações e precisaram ser internadas para finalizar o ato (PNA 2016, p. 659).

Assim sendo, nota-se que apesar da ilegalidade e da repressão, as mulheres usam cada vez mais métodos com maior segurança para abortar, porém, em face da constatação de que metade das mulheres que abortou precisou ser internada para finalizá-lo, conclui-se que permanecem outros riscos importantes à saúde. Saliente-se, ainda, que a pesquisa explorou somente os danos à integridade física da mulher, assim, os reflexos à saúde mental destas mulheres restam inexplorados.

Outro viés analisado foi o da generalidade do aborto, que se demonstrou presente na história de vida de mulheres de todas as idades, raças, credos, estado civil, condição social, naturalidade, etc. Conclui-se, portanto, que “o aborto pode estar associado a um evento reprodutivo individual, mas a prática de aborto está enraizada na vida reprodutiva das mulheres e responde à forma como a sociedade brasileira se organiza para a reprodução biológica e social” (PNA 2016, p. 656).

Nesse sentido, resta interessante colacionar ao presente trabalho a tabela com as taxas de aborto no Brasil segundo características das mulheres brasileiras, constante na Pesquisa Nacional de Aborto de 2016:

Tabela 1. Taxas de aborto segundo características das mulheres, Brasil, 2010 e 2016.

	Ano		2010			2016	
	Fez aborto	% Sim	Sim	Total	% Sim	Sim	Total
Idade ao último aborto	296	251	..
12 a 15 anos	13	19	..
16 e 17 anos	37	26	..
18 e 19 anos	46	28	..
20 a 24 anos	77	70	..
25 a 29 anos	55	32	..
30 a 34 anos	21	24	..
35 a 39 anos	4	8	..
Não sabe/ não respondeu	43	44	..
Raça	13%	251	2002

Branca	9%	58	676	
Preta	15%	49	322	
Parda	14%	129	912	
Amarela	13%	8	63	
Indígena	24%	7	29	
Não respondeu	-	-	-	
Idade atual	15%	296	2002	13%	251	2002	
18 a 19 anos	6%	11	191	9%	17	188	
20 a 24 anos	7%	36	483	9%	38	445	
25 a 29 anos	17%	84	488	11%	50	442	
30 a 34 anos	17%	79	452	14%	64	461	
35 a 39 anos	22%	86	388	18%	82	466	
Teve filhos	15%	296	2002	13%	251	2002	
Sim, teve	19%	240	1289	15%	196	1278	
Não teve	8%	56	713	8%	55	722	
Não respondeu	-	-	-	-	-	2	
Situação conjugal atual	15%	296	2002	13%	251	2002	
Casada/ união estável	16%	188	1140	14%	163	1169	
Solteira	12%	91	770	9%	63	725	
Separada/ viúva	19%	17	91	23%	25	108	
Não respondeu	-	-	1	-	-	-	
Religião	15%	296	2002	13%	251	2002	
Católica	15%	175	1168	13%	141	1060	F
Evang./protest./ crist. n. catol.	13%	72	552	10%	63	607	o
Outras	16%	13	80	16%	18	113	n
Não possui religião/ateia	18%	35	198	13%	27	209	t
Não respondeu	25%	1	4	15%	2	13	e
Escolaridade	15%	296	2002	13%	251	2002	:
Até 4ª série	23%	44	191	22%	25	112	
5-8ª série	19%	80	429	16%	54	334	
Ens. Médio (mesmo incompleto)	12%	115	974	11%	114	1007	
Superior (mesmo incompleto)	14%	57	408	11%	58	549	P
Atividade econômica	15%	296	2002	13%	251	2002	N
Ocupadas	14%	179	1260	12%	150	1275	A
Não ocupadas	16%	117	742	14%	101	727	
Renda Familiar (Sal. Min. corrente)	15%	296	2002	13%	251	2002	
Até 1 SM	17%	69	402	16%	70	442	2
Mais de 1 a 2 SM	16%	92	566	13%	90	696	
Mais de 2 a 5	13%	103	793	10%	61	581	0
Mais de 5 SM	14%	26	184	8%	16	199	
Sem declaração	11%	6	57	17%	14	84	1
Região	15%	296	2002	13%	251	2002	0
Norte/Centro Oeste	19%	59	308	15%	49	336	
Nordeste	20%	102	504	18%	88	490	
Sudeste	12%	110	910	11%	96	896	
Sul	09%	25	280	6%	18	280	e
Tipo de Município	15%	296	2002	13%	251	2002	
Capital	21%	138	644	16%	100	637	
Periferia (Reg. Metropolitana)	10%	30	294	12%	35	287	P
Não metropolitano	12%	128	1064	11%	116	1078	
Tamanho do Município	15%	296	2002	13%	251	2002	N
Até 20 mil hab.	11%	25	238	11%	24	210	A
Mais de 20 a 100 mil	12%	58	469	11%	44	413	
Mais de 1000 mil hab.	16%	213	1295	13%	183	1379	

2

016. Nota: não houve coleta da informação sobre raça em 2010.

Diante das informações coletadas, e expostas com clareza, pela Pesquisa Nacional de Aborto 2016, depreende-se que não há nenhuma mudança expressiva entre 2010 e 2016, que as taxas de aborto não se amoldam a um padrão de mulher e que os dados não consistem em um artefato da pesquisa em um determinado momento (PNA 2016, p. 656). A estabilidade das taxas, sobreleva não só a magnitude, mas também a persistência do problema, corroborando, assim, com a tese do aborto, como uma questão de saúde pública.

O Estado, por sua vez, vem há anos omitindo-se da problemática, uma vez tratar-se de um tema de difícil discussão e forte apelo ético, moral e religioso. Todavia, “a julgar pela persistência da alta magnitude, e pelo fato do aborto ser comum em mulheres de todos os grupos sociais, a resposta fundamentada na criminalização e repressão tem se mostrado não apenas inefetiva, mas nociva” (PNA 2016, p. 659). Nessa esteira, as mulheres veem seu direito à saúde, à vida exposta e à dignidade humana, brutalmente, violado. A criminalização do aborto, conforme bem ressaltado pelos pesquisadores, não é capaz de diminuir o número de abortos e, ainda, impede que mulheres busquem o acompanhamento e a informação de saúde necessários para que seja realizado de forma segura ou para planejar sua vida reprodutiva a fim de evitar a reincidência.

Repise-se, portanto, que o direito à saúde não se limita a prestação de serviços médico-hospitalares, envolve também a disponibilização ações e serviços públicos de promoção e recuperação da mesma.

Desse modo, é dever do Estado fazer cumprir e implementar o direito à saúde, fornecendo assistência médica segura e humanizada, métodos contraceptivos, acompanhamento psicológico e promovendo campanhas de educação sexual e planejamento familiar. Nesse sentido, a Lei 8080/90, informa, *ex vi* do art. 2º, § 1º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim sendo, a Pesquisa Nacional do Aborto demonstra claramente a ineficiência da lei penal para regular a matéria, visto que não soluciona, nem trata, o problema, ao contrário, agrava o quadro, e viola os mais variados princípios fundamentais da mulher. Desse modo, defender a legalização do aborto não significa ser a favor do mesmo, mas abordar o assunto com seriedade e maturidade, visando alcançar meios adequados para combater o problema, com fulcro no respeito às necessidades mais fundamentais da pessoa humana.

4. ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 442

Neste capítulo será desenvolvida uma análise pormenorizada da peça exordial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal, na qual requer que seja declarada a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela Constituição da República.

Destarte, realizar-se-á uma breve introdução sobre os aspectos constitucionais de uma ADPF, as razões sociais e jurídicas que motivaram o pedido, com fulcro em um diálogo com a abordagem constitucional ao aborto no direito comparado, bem como nos debates constitucionais acerca do aborto já desenrolados perante o Pretório Excelsior, mais especificamente, o HC/84.025, a ADI/3.510, a ADPF/54 e o HC/124.306.

4.1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF Nº 442)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um mecanismo de controle de constitucionalidade genuinamente brasileiro, visto que, embora haja similitudes com alguns institutos do Direito Comparado, possui características que o individualizam de todos os demais (BULOS, 2012, p. 326).

Originalmente previsto no parágrafo único do art. 102 da Carta Política da República de 1988, transformou-se no parágrafo primeiro com o advento da Emenda Constitucional n. 3/93, conservando-se, todavia, a redação anterior. *In verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

Apesar de haver sido instituída a partir da promulgação da Carta Política da República de 1988, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental somente foi regulamentada onze anos depois, com o advento da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o seu processo e julgamento.

Configura-se como uma norma de eficácia limitada que concede aos legitimados elencados no art. 103 da Constituição Federal o direito de provocar o Excelso Tribunal Federal para que examine possíveis agressões aos princípios que informam e conformam a ordem constitucional, com fins de garantir a ordem e a segurança jurídica pátria.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Lídimo instrumento de controle concentrado, não obstante alastre seus efeitos ao controle difuso, somente pode ser ajuizado em face de abstrato descumprimento, desrespeito ou inobservância de preceito fundamental, não sendo meio adequado para discutir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade entre normas.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental afigura-se ação análoga às ações diretas também previstas na Lei Máxima, viabilizando a atuação abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. Assevera o preenchimento dos três pressupostos concernentes à arguição: a) ameaça ou violação de preceito fundamental; b) ato do Poder Público capaz de provocar a lesão e c) ausência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. (ADPF nº 54, p. 03)

Ademais, particulariza-se das demais ações de controle de constitucionalidade, por não se restringir ao campo normativo, permitindo também interpelações referentes a atos do Poder Público em geral.

Será cabível quando inexistir outro meio eficaz para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental pela prática de ato do Poder Público ou para reconhecer a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei” ou “ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a Constituição” (BULOS, 2012. P. 329).

Entende-se por ato emanado do Poder Público, para efeito de avaliação de cabimento de ADPF, aqueles produzidos pelo governo federal, estadual ou municipal que possuam natureza administrativa, judicial ou normativa e tenham possivelmente violado preceito fundamental. (ADPF 442, p. 07).

O campo de ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por força do princípio da subsidiariedade, ou cláusula de exaurimento de instâncias, previsto no ar. 4º, §

1º, da Lei n. 9.882/99, deve ser mensurado por exclusão, isto é, “não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata” (STF, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJU de 2.12.2002, p. 70), dever-se-á, então, admitir a arguição.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Destarte, o entendimento do Supremo Tribunal advoga pela admissibilidade da arguição “toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional” (BRASIL. Stf. Adpf nº 33-5. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 02.12.2002), mediante a comprovação de prévio esaurimento de todas as vias processuais para resolver a demanda, ou da incapacidade, ineficiência ou insuficiência das demais vias processuais para a resolução do impasse.

Entretanto, vale salientar que o instituto se submete ao juízo de admissibilidade discricionário do STF, o qual poderá, até mesmo, indeferir petição inicial, caso julgue inexistente a violação de preceito fundamental ou o interesse público. Do indeferimento da exordial caberá agravo, dentro do prazo de cinco dias, nos termos do art. 4, §2º, da Lei n. 9.882/99. Noutra senda, não havendo definição constitucional ou infraconstitucional para preceitos fundamentais, utiliza-se como paradigma sugestões da doutrina e precedentes jurisprudenciais do STF que aludam à matéria. Nessa esteira, segue os conceitos formulados pelos doutrinadores Cássio Juvenal Faria e Uadi Lammêgo Bulos, respectivamente:

(...) normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, como, por exemplo, os ‘princípios fundamentais’ do Título I (arts. 1º ao 4º), os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a emancipação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc. (apud LENZA, 2006, p. 156).

Qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária. Podem ser considerados preceitos fundamentais as diretrizes insculpidas no pórtico do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa, do pluralismo político. (BULOS, 2012, p. 333).

Por sua vez, a Corte Maior tem se posicionado a favor da admissibilidade do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando restarem

envolvidos direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º, bem como os indicados ao longo de toda a redação constitucional; os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, da CF/88); e as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CF/88).

Cabe esclarecer, ainda, que admitida, processada e julgada, a decisão da ADPF terá eficácia *erga omnes*, isto é, abrangerá a todos; vinculante, subordinando as decisões de todos os Tribunais nacionais ao veredicto da ação julgada; e temporal, autorizando a Corte Constitucional a restringir, excepcionalmente, os efeitos de suas decisões, por razões de segurança jurídica, *ex vi* do art. 11 da Lei n. 9.882/99, *in verbis*:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por fim, ressalte-se que a decisão proferida pelo colegiado é irrecorrível, portanto, contra ela, não caberá ação rescisória, devendo aquele que desejar contestá-la, ajuizar reclamação na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

4.2. APRESENTAÇÃO DA ADPF Nº 442

A ADPF nº 442 foi ajuizada em março do presente ano, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, o qual levou ao crivo do Supremo Tribunal Federal o enfrentamento hermenêutico constitucional dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), que dispõem sobre a criminalização do autoaborto e do aborto provocado com o consentimento da gestante, respectivamente. *In verbis*:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Na peça exordial, as advogadas Gabriela Rondon, Luciana Boiteux, Luciana Genro e Sinara Gumieri, afirmam que os artigos impugnados, ao preverem condenação criminal para as mulheres que realizarem o autoaborto ou consentirem que outrem lho provoque, afrontam

princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, dentre eles: a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar (art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I e III; art. 6º, caput; art. 196 e art. 226, § 7º).

Destarte, buscaram demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos penais impugnados através do exame da Constituição Federal; de casos concretos internacionais; precedentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, cujos acórdãos positivaram o caráter não absoluto da proteção jurídica ao desenvolvimento embrionário ou fetal; métodos interpretativos relevantes à pacificação constitucional da matéria, à luz da vigente Carta Política da República e de instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

Na nota introdutória, as postulantes realizaram uma ampla análise da dimensão fática jurídica relacionada aos arts. 124 e 126 do Código Penal, ressaltando a irrazoabilidade da lei penal para garantir a vida do embrião ou do feto, bem como a ausência de fundamentos constitucionais desse pressuposto, diante do caráter não absoluto e sim gradual da proteção jurídica ao desenvolvimento embrionário e fetal, da laicidade do Estado e do princípio da não discriminação.

Outrossim, aduziu o Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF nº 54, que garantiu a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo, que o enfrentamento jurídico do tema é de difícil acesso, posto que sua análise perpassa campos éticos, sociológicos e morais e deflagra o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger a todos os que a integram, malgrado ainda estejam por nascer (voto do min. Marco Aurélio, ADPF 54). Considerando que o Brasil tem uma democracia constitucional laica, deve inserir em seu ordenamento legal, tão somente, os axiomas morais indispensáveis à garantia do bem-estar da coletividade (NADER, 2012, p. 40).

Nesse esteio, a ADPF 442 provoca a Corte Maior a se pronunciar sobre a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto, diante das graves infrações de direitos fundamentais vinculados à violação da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do princípio da não discriminação de gênero. Entrementes, questiona a legitimidade do Estado para impor às mulheres, mais especificamente as menos abastadas, a maternidade coercitiva, asseverando ser este um mecanismo de controle estatal do pluralismo razoável. Nesse sentido, corrobora o penalista Júlio Fabbrini Mirabete:

Apontam-se várias razões para a liberação do aborto: um país que não pode manter seus filhos não tem o direito de exigir seu nascimento; a ameaça penal é ineficaz porque o aborto raramente é punido; a proibição leva a mulher a entregar-se a profissionais inescrupulosos; a mulher tem o direito de dispor do próprio corpo etc. Atualmente, grande número de países não mais incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Japão, Estados Unidos etc.). O Código Penal brasileiro não contempla sequer o chamado aborto *honoris causa* como tipo de crime privilegiado. (2013, p. 60)

Noutra senda, impende destacar que a ciência jurídica possui natureza dinâmica e continuada, ou seja, o direito é resultante de padrões comportamentais observados à época de sua elaboração, vaticinando a manutenção da ordem social presente e futura. Por conseguinte, é imprescindível que as normas jurídicas sejam reformuladas de tempos em tempos para que não fiquem obsoletas às necessidades dos cidadãos e consigam cumprir para com sua missão, uma vez que os valores sociais e culturais transmutam-se ao longo das gerações.

A integridade e a coerência do Direito dependem de padrões interpretativos, estruturais e intersubjetivos, sendo inconcebível que a sociedade atual fique “engessada” a vetustez de opções legislativas feitas pelo poder legiferante em 1940, uma vez que, evidentemente, inúmeras foram as transformações sociais ocorridas ao longo das quase oito décadas de vigência do Código Penal Brasileiro, a começar pela implantação de uma nova Constituição Federal, em 1988 (BITENCOURT, 2007, p. 129). Outrossim, resta nítida a necessidade de reciclagem do Código Penal, uma vez que inúmeros de seus artigos se mostram ultrapassados e desadequados a regulamentação dos tempos hodiernos.

Ademais, é insustentável a manutenção de tipos penais violadores de preceitos constitucionais, tais como os artigos impugnados pela ADPF nº 442, porquanto a supremacia da Carta Magna a coloca em posição de comando, destaque e referência de toda a estrutura jurídica do Estado, computando-lhe força absoluta para invalidar leis e atos que lhe sejam contrários (NADER, 2012, p. 310).

Assim sendo, a inicial apontou a necessidade de um estudo extensivo e atento à interdisciplinaridade inerente ao contexto normativo da ordem constitucional, com fins de identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais, que por não estarem taxativamente expressos na Constituição, adquirem tal reconhecimento quando demonstrada a densidade normativa ou o significado específico dos princípios fundamentais.

4.3. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E SEUS ENFRENTAMENTOS

A problemática do aborto envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres (BRASIL. Stf. Adpf nº 54. Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012). Desse modo, diante da diversidade argumentativa que perpassa a matéria, se faz necessária à análise das teses que corroboram para com o desiderato da ADPF em estudo.

Preliminarmente, as autoras aduziram na peça inaugural que os dispositivos penais impugnados desrespeitam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I e III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Ipsso facto, as interpelações provocadas pela problemática do aborto no espaço político ensejam conflitos de cunho principiológico constitucional e de relevante interesse social, portanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental configura-se como o remédio constitucional adequado, uma vez que os atos normativos impugnados são anteriores à Constituição Federal de 1988. De igual modo, inexistente outro meio capaz de fazer cessar ou prevenir, de modo geral e definitivo, a lesividade que estes acarretam aos preceitos fundamentais da República.

A peça foi recebida e autuada aos oito dias do mês de março de 2017. Desta feita, demonstrou-se que a criminalização do aborto e a consequente imposição da gravidez compulsória comprometem fundamentos da República, consubstanciados no direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à cidadania (art. 1º, II, CF) das mulheres, pois lhes extirpa a capacidade ética e política de realizar o seu planejamento familiar, elencado no art. 226, §7º da Constituição Federal.

Por consequência, limita suas capacidades de entrar ou manter-se no mercado de trabalho remunerado e afasta a possibilidade de atingir sua independência financeira, retirando-lhe a liberdade de decidir sobre questões que dizem respeito a sua sexualidade sem discriminação ou violência.

Conforme disposto no art. 2º, da Lei n. 9263/96, “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Logo,

criminalizar o aborto é usurpar o direito das mulheres de exercerem plenamente sua capacidade de tomar decisões reprodutivas relevantes para a concretização do seu projeto de vida.

Por sua vez, não obstante, sejam desprezíveis as condenações criminais decorrentes do crime de aborto, observa-se que os casos levados a juízo envolvem, em regra, mulheres negras e indígenas, pobres, pouco escolarizadas e que vivem em áreas afastadas das cidades, fato este que configura grave afronta aos princípios constitucionais da não discriminação (art. 3º, IV, CF) e da igualdade (preâmbulo da CF).

Nesse contexto, a antropóloga Débora Diniz, ao realizar um estudo, em 2015, sobre os casos dos fetos microcéfalos em decorrência do vírus Zika, chamou a atenção para o fato desta epidemia ter afetado, essencialmente, mulheres pobres, nordestinas e pouco escolarizadas. Diante da pontualidade do surto, pode-se inferir o histórico descaso do Estado para com a saúde pública do sertão nordestino, visto que as grávidas infectadas “são filhas e netas de mulheres que convivem com o mosquito vetor como parte da vida cotidiana há mais de quatro décadas” (DINIZ, 2016).

Por sua vez, em estudo sobre serviços de aborto legal no Brasil, publicado em 2016, a antropóloga supracitada demonstrou que a criminalização compromete até mesmo a execução dos abortos permitidos por lei, em especial, os decorrentes de abuso sexual, visto que muitos médicos recusam-se a fornecer tal assistência. Isso pode ser ocasionado tanto pelo receio de ficarem conhecidos como aborteiros, quanto pelo medo de serem processados ou ainda por objeção de consciência moral ou religiosa (DINIZ, 2016).

Inferi-se, portanto, que o percurso de uma mulher vítima de violência sexual que deseja interromper a gravidez é bastante penoso, uma vez que muitos são obstáculos que lhe são impostos, sejam estes geográficos, institucionais ou de consciência dos profissionais que as atendem. Por consequência, diversas são as mulheres desistem de esperar pelo amparo do Governo e recorrem, em desespero, a clínicas clandestinas de aborto.

Nessa esteira, observa-se, ainda, a violação do direito à saúde, à integridade física e psicológica das mulheres e à proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF), visto que a criminalização do aborto ao eximir o Estado do dever de assistência, além de por em risco o corpo destas, nega-lhes igualmente o apoio psicológico e social que possivelmente as faria repensar sobre a sua decisão, bem como mostrar-lhes-ia caminhos alternativos e políticas assistencialistas as quais fariam jus caso desejassem dar continuidade a gestação.

Nesse sentido, aduz o médico Aníbal Faúndes:

[...] la experiencia de la mayoría de estos países muestra que, al contrario de lo que se teme, la liberalización de la ley que permite traer a la mujer que desea abortar al sistema de salud, favorece la reducción de las tasas de aborto. Este efecto, a primera vista paradójico, probablemente ocurre porque mientras el aborto es clandestino y comercial, quien se gana a vida haciendo abortos no tiene interés en evitar que se repita. Cuando la mujer que aborta puede hacerlo dentro del sistema público de salud, su atención incluye (o debe incluir) consejería en planificación familiar y el inicio inmediato de uso de métodos de alta eficacia, porque el sistema de salud está interesado en proteger a la mujer de un nuevo embarazo no planeado que la lleve a un nuevo aborto. (FAÚNDES, 2016)

O Estado abandona, não poucas vezes, mulheres que de tão jovens poderiam ser chamadas de crianças, que requerem proteção e não sanção. Ademais, é inequívoca a situação de angústia e desespero das mulheres que se submetem a um aborto, sendo esta agravada pelo fato de que ao buscar auxílio médico, colocam-se em posição indefesa frente aos prestadores de serviços de saúde, em razão da inexistência de marcos legais e regulamentares que lhes permitam exercer integralmente a sua sexualidade.

Desse modo, vale destacar a imprescindibilidade da promoção de ações voltadas para o apoio à saúde física e mental das mulheres, pois em decorrência de problemas emocionais inúmeros atos impensados, mal planejados, e irreversíveis são tomados.

O arrependimento é um sentimento que assola a consciência de uma imensidão de mulheres, que por impulso, pressão de terceiros, desespero, medo, falta de informação, etc., decidiram realizar um aborto. A carência de orientação médica, social, comunitária e, até mesmo, jurídica, é o fator propulsor do aborto clandestino.

A qualidade da atenção implica um espaço integrado e sinérgico de todos os níveis gestores para a oferta de serviços que garantem: acolhimento, informação, aconselhamento, competência profissional, tecnologia apropriada disponível e relacionamento pessoal pontuado no respeito à dignidade e aos direitos sexuais e reprodutivos. Com frequência, no pós-abortamento, as mulheres precisam de uma equipe que compreenda suas necessidades, não somente físicas, mas também sociais e psicológicas (DOMINGOS e MERIGHI, 2010).

Assim, se o poder público disponibilizasse o procedimento para as mulheres, estas seriam submetidas a um prévio e indisponível acompanhamento psicológico e social; a um período obrigatório de reflexão sobre a sua decisão; não seriam motivadas, em hipótese alguma, a optarem pelo aborto, sabendo poder desistir do ato a qualquer tempo. Em virtude do acolhimento que lhes seria proporcionado, conjectura-se que haveria uma diminuição no número de abortos, pois ao contrário das clínicas clandestinas que visam tão somente o lucro, o Estado almeja a preservação da vida (FAÚNDES, 2016).

Ademais, o argumento contrário à legalização do aborto que se vale do discurso que o poder público não tem condições econômicas de fornecer tal procedimento de maneira segura e eficiente, significa confessar o total descaso e incompetência deste para gerir e buscar soluções para tão significativo problema social, bem como resta inverídico, visto que recuperar a saúde das mulheres que sofreram consequências do abortamento é bem mais oneroso do que promover meios seguros de interrupção voluntária da gestação, especialmente quando dispensável a internação (FAÚNDES, 2016).

A realidade dos fatos é que o aborto é um tratamento que contrária às expectativas e funções que a sociedade impõe as mulheres, no caso, o dever da maternidade. Todavia, é uma questão de saúde pública que precisa urgentemente ser tratada, desvinculada de convicções éticas e religiosas individuais, pois relegar as mulheres à clandestinidade de procedimentos ilegais e inseguros em nome da manutenção de uma postura solipsista, inobstante a laicidade do Brasil, é afrontar diretamente o direito à saúde (art. 5º, CF) e a inviolabilidade do direito à vida e à segurança (art. 6º, CF), posto que a criminalização transpassa os limites da integridade, tendo efeitos diretos na ocorrência das causas evitáveis de morbimortalidade materna.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas – ONU, recomendou, durante o Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento, à Comissão para América Latina e Caribe – CEPAL:

Acesso Universal a serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva: [...] 40. Eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, incorporando no conjunto de prestações integrais dos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva medidas para prevenir e evitar o aborto inseguro, que incluam a educação em saúde sexual e saúde reprodutiva, o acesso a métodos contraceptivos modernos e eficazes e o assessoramento e atenção integral frente à gravidez não desejada e não aceita, bem como a atenção integral depois do aborto, quando necessário, com base na estratégia da redução de risco e danos; [...] 42. Assegurar, nos casos em que o aborto é legal ou não está penalizado na legislação nacional, a existência de serviços de aborto seguros e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita e instar aos demais Estados a considerar a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos. (ADPF 442, p. 11).

Abolir as disposições punitivas impostas às mulheres que se submetem ao aborto, é facultar-lhes o direito de controlar e decidir livremente as questões relativas à sua sexualidade, garantindo-lhes o devido respeito e assistência. Malgrado os direitos sexuais e reprodutivos não possuam expressa previsão constitucional, possuem densidade normativa análoga a dos direitos fundamentais, porquanto são ramificações dos direitos à vida e à liberdade, elencados no *caput* do art. 5º da Carta Magna, bem como, são reconhecidos como

direitos e humanos e estão presentes em resoluções, convenções e tratados internacionais junto dos quais o Brasil é signatário.

Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade sobre uma gestação não é exclusiva da mulher, desse modo, a punição destas configura um ato discriminatório do Estado em razão do gênero, pois apesar de homens e mulheres possuírem responsabilidade comum pelo ato sexual e suas consequências, apenas estas engravidam, e, portanto, somente elas são alvos da coerção estatal.

A Organização das Nações Unidas defende o direito ao livre arbítrio sexual, posto que acredita ser direito de todo casal decidir, responsavelmente, sem qualquer forma de coerção, sobre a quantidade de filhos que deseja ter e o espaçamento entre eles. Recomenda aos Estados-membros a adoção de medidas de prevenção à concepção indesejada, garantindo a todas as pessoas o acesso a contraceptivos seguros e eficazes e a educação integral sobre sexualidade, bem como, a descriminalização do aborto e a devida assistência médica às mulheres que optarem pelo procedimento, em respeito a autonomia sexual e reprodutiva das mesmas.

Garantir o acesso a informações sobre saúde sexual e reprodutiva e métodos de planejamento reprodutivo voluntário são ações indubitavelmente mais eficazes e humanizadas para zelar pela preservação da vida intrauterina.

Reflete-se que a criminalização do aborto não impede a prática do ato, apenas corrobora para o aumento, ou manutenção, das taxas de morbimortalidade materna.

Por fim, interessante destacar a delicadeza e sensibilidade da petição inicial em estudo, posto que inobstante “acompanhe o léxico constitucional do binarismo sexual de homens e mulheres” (ADPF 442, p. 12), teve a preocupação de incluir nesta celeuma os transhomens, ou seja, indivíduos que apesar de biologicamente pertencerem ao sexo feminino se reconhecem socialmente como se do gênero masculino fossem, posto que, detentores do potencial biológico para gestar, são, assim como as mulheres, sujeitos passivos do *jus puniendi* do Estado em caso de descumprimento dos arts. 124 e 126 do Código Penal.

4.4. DIÁLOGO COM A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL AO ABORTO NO DIREITO COMPARADO

A inclusão das mulheres no espaço público trouxe consigo as lutas feministas em prol do reconhecimento do direito à cidadania destas, consubstanciado no livre exercício dos direitos civis, políticos e sociais. Diante das novas atribuições que lhes foram outorgadas, elas

não mais podiam aceitar a dominação masculina sobre seus corpos, precisavam ter autonomia para decidir quando seria o momento mais adequado para reproduzir, ou, indo além, se iriam ou não gerar uma vida.

Outrossim, teve início uma série de interpelações constitucionais em busca da garantia dos direitos reprodutivos femininos, os quais incluem o direito ao uso de métodos contraceptivos, esterilização e aborto. Por sua vez, o direito comparado demonstra que a questão do aborto ganhou especial destaque no cenário político internacional no final do século XX, período no qual diversos países passaram por uma revisão constitucional sobre o tema, o qual transpassou os limites do Poder Legislativo e se inseriu, naturalmente, nos domínios do Judiciário, em virtude do seu inquestionável caráter constitucional.

Nesse esteio, foram analisados na ADPF nº 442 os emblemáticos julgados *Roe V. Wade*, dos Estados Unidos, e *Aborto I* (BVerfGE 1, 39) e *Aborto II* (BVerfGE 88, 203), da Alemanha.

Roe v. Wade, nos Estados Unidos, e *Aborto I* (BVerfGE 1, 39) e *Aborto II* (BVerfGE 88, 203), na Alemanha. O percurso explicita, respectivamente, o marco dos trimestres (definição de limites temporais para a criminalização do aborto associados à viabilidade do feto para a vida extrauterina) e o marco das causais (definição de exceções à ilicitude do crime de aborto) na constitucionalização do direito ao aborto. (ADPF nº 442, p. 5).

O caso *Roe V. Wade* contestou perante a Suprema Corte dos Estados Unidos a constitucionalidade das leis do estado do Texas que criminalizavam o aborto em qualquer estágio da gestação, exceto se necessário para salvar a vida da gestante. Os litigantes alegaram que até, aproximadamente, o final do primeiro trimestre gestacional, competia à mulher e ao médico que a acompanhava decidir sobre a continuidade ou não da gravidez.

Após o término deste período, entendiam que o abortamento poderia, então, sofrer regulamentação estatal, desde que os impedimentos apresentados se relacionassem com questões relativas à saúde da mulher. Por fim, quando a gravidez se encontrasse no último trimestre, diante da viabilidade fetal, disporia o Estado do direito de regular e, até mesmo, proscrever o direito ao aborto, salvo quando indispensável para resguardar a saúde ou salvar a vida da mãe¹.

O aludido julgado inovou ao propor o marco dos trimestres para a análise constitucional do aborto, isto é, intervalos temporais determinantes para o deferimento ou

¹ That prior to approximately the end of the first trimester the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician, subsequent to approximately the end of the first trimester the state may regulate abortion procedure in ways reasonably related to maternal health, and at the stage subsequent to viability the state may regulate and even proscribe abortion except where necessary in appropriate medical judgment for preservation of life or health of mother. (JULGADO ROE V. WADE, p. 1)

indeferimento do procedimento. Infere-se, portanto, que quanto mais incipiente for a gestação, maior será a autonomia da mulher para exercer livremente o seu direito reprodutivo ao aborto. Ademais, a Constituição dos Estados Unidos prevê o direito à privacidade, o qual somente poderá ser arguido perante a violação de direitos individuais fundamentais ou de direitos derivados do direito à liberdade².

Nesse esteio, o pedido foi parcialmente deferido, uma vez que a suprema corte entendeu que a criminalização do aborto configurava uma afronta ao direito à privacidade, pelo fato de que repercute nas mais profundas nuances da intimidade da pessoa humana. Outrossim, concluiu que a palavra “pessoa”, conforme prevista na emenda constitucional XIV, não engloba o nascituro, ou seja, os privilégios ofertados aos cidadãos americanos não se estendem aquele que ainda não nasceu.

Todavia, o colegiado optou pela concessão limitada do direito ao aborto, embasada no marco dos trimestres gestacionais, uma vez que julgou ser da competência do Estado salvaguardar a vida do feto que já tenha atingido um estágio de maturidade que lhe permite a sobrevivência extrauterina, bem como garantir a saúde materna e fiscalizar a qualidade do sistema de saúde nacional, evitando assim que abortos inseguros sejam realizados em seu território.

A Suprema Corte Estadunidense julgou, ainda, nos anos subsequentes, os casos *Doe v. Bolton*, *Webster v. Reproductive Health Services* e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. No julgamento do primeiro caso desconsiderou-se o marco dos trimestres, estabelecendo-se que “o procedimento deveria ser garantido quando necessário para proteger a saúde das mulheres” (ADPF 442, p. 17). Aqui, o conceito de saúde é compreendido de forma ampla, isto é, em todos os aspectos que se façam relevantes ao bem-estar da paciente.

Em continuidade, o caso *Webster v. Reproductive Health Services* declarou ser constitucional que os estados se neguem a dispor de recursos públicos para financiar o abortamento não terapêutico, investindo, noutra senda, em políticas públicas de educação sexual. Ressalte-se, entretanto, que tal decisão não usurpou a liberdade das mulheres de realizarem o procedimento, apenas limitou a atuação do sistema público de saúde as intervenções terapêuticas.

² Right of personal privacy or a guarantee of certain areas or zones of privacy does exist under Constitution, and only personal rights that can be deemed fundamental or implicit in the concept of ordered liberty are included in this guarantee of personal privacy. (JULGADO ROE V. WADE, p. 2/3)

Por sua vez, o caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* confrontou a Corte Federal norte americana sobre a manutenção ou não do marco dos trimestres como paradigma para a autorização do aborto. Em resposta, a esta decidiu pela não recepção do marco dos trimestres como referencial paradigma para a concessão do direito ao aborto, declarando como novo parâmetro a viabilidade fetal ou o risco à saúde da mãe. Desse modo, hodiernamente, resta pacificado na jurisprudência dos Estados Unidos da América o entendimento que o aborto se configura como um direito reprodutivo feminino, regulamentado pelas legislações estaduais, sendo, todavia, vedada a interposição estatal de injustas limitações ao procedimento.

Por conseguinte, muitos estados, valendo-se de sua autonomia, condicionaram a liberação do aborto a um prévio período de aconselhamento compulsório, cujo objetivo é garantir que a mulher reflita profundamente sobre a sua decisão antes de tomá-la definitivamente, pois como se sabe, o processo é irreversível.

Noutra senda, os casos Aborto I (BVerfGE 1, 39) e Aborto II (BVerfGE 88, 203), enfrentados perante a Corte Constitucional alemã, em 1975 e 1993, respectivamente, também são paradigmáticos para o estudo da temática em apreço, uma vez que introduziram na jurisprudência internacional o *marco das causais*, com fundamento na violação da dignidade da pessoa humana.

Conforme pode-se observar, os litígios retrocitados ocorreram em momentos históricos distintos, o primeiro durante a Guerra Fria e o segundo logo após a reunificação da Alemanha. Destarte, diante da nova conjuntura política nacional, uma revisão legislativa, com fins de uniformizar o entendimento de matérias que possuíam regulamentações divergentes, foi implementada. A questão do aborto foi um dos temas alvo da análise.

O caso Aborto I, julgado pela Corte Constitucional da então Alemanha Ocidental, revogou a lei de aborto de 1974 que legalizava o procedimento até a décima segunda semana gestacional, mantendo a criminalização do aborto com as causais de indicação:

[...] gravidez resultada de estupro, grave perigo à vida ou à saúde da mulher, grave malformação do feto, e (...) razões sociais extremas que levem a mulher a viver uma pressão extraordinariamente maior do que a normalmente vinculada à gestação”. (...) Assim, a Corte, mesmo após decidir pelo caráter inconstitucional da lei, reconheceu ser preciso haver exceções à proibição geral do aborto, devido ao reconhecimento do direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (ADPF 442, p. 20)

Tal entendimento fora mantido, quase que integralmente, pela lei aprovada pelo parlamento unificado da nova Alemanha, em 1992. Todavia, influenciada pela decisão do caso *Roe v. Wade*, a nova lei autorizava que o abortamento fosse realizado, por demanda da

mulher, nas primeiras doze semanas de gravidez, após um período obrigatório de reflexão. Por conseguinte, em 1993, a Corte Constitucional foi novamente acionada para discutir a questão do aborto, dando início o caso do Aborto II.

A bancada cristã, em reação semelhante à de 1974, arguiu pela inconstitucionalidade da nova lei de aborto, de 1992, porém, o entendimento parlamentar fora mantido e a lei declarada constitucional.

A corte asseverou que o aborto é, indubitavelmente, uma prática indesejável e que deve ser evitada, entretanto, as mulheres que optarem por realizar a interrupção da gravidez, no primeiro trimestre, não deverão ser punidas, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a decisão destacou a necessidade da implantação de políticas públicas regulatórias do procedimento, voltadas para proteção e promoção do desenvolvimento do feto.

O padrão regulatório considerado constitucional deveria incluir aconselhamento com informações sobre educação sexual e planejamento familiar, programas de assistência social e apoio para acesso a moradia, educação e formação profissional às mulheres, de maneira a construir estratégia não penal do Estado para cumprir o dever de proteção ao direito à vida e a proteção ao feto. (ADPF 442, fl. 20)

Dessa maneira, depreende-se que a despeito das revisões constitucionais analisadas se arriarem em pressupostos chaves distintos, uma vez que a Corte americana embasou sua decisão no direito à privacidade, enquanto que a alemã no direito à dignidade, ambas “as decisões combinaram o reconhecimento do aborto como um direito reprodutivo das mulheres, com consideração de valor intrínseco do humano no embrião ou feto, porém sem amparo constitucional para imputação de direitos fundamentais” (ADPF 442, p. 15).

Noutra senda, as autoras destacaram que na América Latina, a demanda do aborto somente veio a sofrer revisões constitucionais a partir dos anos 2000, “após mais de 30 anos de deflagração da reflexão constitucional internacional” (ADPF 442, p. 21).

O primeiro país latino americano a instituir, uma revisão sobre a temática foi a Colômbia, país onde, até o ano de 2006, inexistia qualquer exceção legal à proibição do aborto, nem mesmo se necessário para salvar a vida da mulher. Após o julgamento da decisão C-355/06, o abortamento passou a ser consentido nos casos de gravidez resultada de estupro ou incesto, risco à vida e à saúde da gestante e malformação fetal incompatível com a vida pós-natal.

4.5. DEBATES CONSTITUCIONAIS ACERCA DO ABORTO NO BRASIL

A ADPF nº 442 traz em seu âmago concisos comentários sobre as ações de aborto que já foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.025, o HC 124.306, a ADPF nº 54 e a ADI 3.510), vislumbrando demonstrar o caráter não absoluto da proteção do feto pela Constituição Federal.

O primeiro debate constitucional sobre o aborto no Brasil chegou ao Supremo Tribunal Federal no ano de 2003, através do pedido de *habeas corpus* nº 84.025, impetrado por Fabiana Paranhos; ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; THEMIS: Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, em favor de Gabriela Oliveira Cordeiro, com a alegação de que a paciente, de apenas dezoito anos, grávida de feto portador de anencefalia, isto é, moléstia grave que acarreta a ausência da calota craniana e cérebro rudimentar, “estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu a ordem no HC 32.159 em favor do feto de que é gestante”.

Todavia, o *habeas corpus*, por decisão unânime, foi julgado prejudicado, tendo em vista a perda do objeto por ocorrência de fato superveniente, ou seja, o óbito da recém-nascida. “A Corte foi informada enquanto procedia ao julgamento, já tendo sido proferido o voto favorável do então Relator Ministro Joaquim Barbosa” (ADPF 442, p. 22).

Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.

Por fim, com relação ao argumento de que o aborto eugênico não se encontra incluído no rol de excludentes de ilicitude previsto no art. 128 do Código Penal, tenho que, sendo o comportamento atípico, a questão fica prejudicada. (BRASIL. Stf. HC nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04.03.2004).

Dispôs ainda que “no caso em exame, (...) a situação da vida e a situação jurídica encontram-se de tal forma imbricadas que a ordem concedida em favor quer do feto, quer da paciente implica obrigatoriamente restrição da liberdade do outro” (BRASIL, 2004).

Em consonância com o voto do Ministro Relator do *habeas corpus* supracitado, o Ministro Celso de Mello aduziu:

O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de autoritária restrição à esfera de livre-arbítrio e de autodeterminação das pessoas, que hão de ser essencialmente livre na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste a mulher, seja o controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere controle sobre sua própria fecundidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04.03.2004).

Por sua vez, em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), representada pelo então advogado Doutor Luís Roberto Barroso, ajuizou no Supremo Tribunal Federal arguição de descumprimento de preceito fundamental, que questionava a legitimidade da proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos anencefalia fetal, patologia que impossibilita a sobrevida extrauterina. Outrossim, a peça inaugural interpelou a atipicidade dos artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II, do Código Penal, apontando como violados os artigos 1º, IV (dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República.

Conforme demonstrado na exordial, à luz da literatura médica, a “má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intrauterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto” (BRASIL. Stf. Adpf nº 54 Min Marco Aurélio. Brasília, DF, 12.04.2012). Desta sorte, infere-se que a manutenção compulsória de feto anômalo no útero viola, a um só tempo, o direito à saúde, à liberdade em seu sentido maior, à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, a dignidade da mulher.

Ademais, resta pertinente reproduzir o percuciente pronunciamento do Ministro Joaquim Barbosa no voto proferido durante o julgamento do HC nº 84.025: “não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e as emoções, é absolutamente impossível a vida extra-uterina independente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.025/RJ, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04.03.2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 18.03.2004). Conquanto, somente em 12 de abril de 2012, oito anos após a impetração da ação, a Corte, por maioria dos votos e nos termos do relator, declarou procedente o pedido constante da ADPF 54.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. (BRASI, 2012)

Destaque-se, ainda, que este foi o primeiro caso na história dos julgados do Supremo Tribunal Federal a promover audiência pública para debater a questão. Tal fato se deu em

razão da complexidade do caso, que encontra inarredável apelo filosófico, moral, ético e político, que, por sua vez, obstaculizam a lídima interpretação constitucional. Nos termos do Ministro Carlos Ayres de Britto, segue síntese do sentimento da Corte frente ao julgamento do litígio retrocitado:

O conjunto normativo penal que se apõe na voluntária interrupção da gravidez a tarja da delitividade – sobre duas específicas excludentes de apenação – exprime um querer legislado que se me afigura um ato do poder público [...] regulador da matéria – essa matéria da anencefalia fetal – permanentemente aberta aos mais acirrados conflitos de opinião; conflitos tanto jurídico-penais e constitucionais quanto filosóficas e religiosos, além de médicos, evidentemente. (ADPF 442, fls. 22/23)

Neste ínterim, entre o recebimento da ADPF nº 54 e o seu julgamento, outro processo envolvendo o direito à vida alcançou a Suprema Corte: a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510, interposta pela Procuradoria Geral da República, consistente na impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, doravante descrita como Lei de Biossegurança, que permite, mediante autorização dos genitores e para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, inviáveis ou congeladas há três anos ou mais, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

A tese central da ação é resultante da interpretação que “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação”, consoante o entendimento que a vida uma vez iniciada é “contínuo desenvolver-se, porque o zigoto, constituído por uma única célula, (...) é totipotente, (...) constituindo-se em ser humano único e irrepetível” (BRASIL. Stf. Adi nº 3510. Relator: Min Ayres Britto. Brasília, DF, 29.05.2008).

Nesse sentido, alegou-se suposta violação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e art. 1º, inciso III, respectivamente.

Vê-se, desse modo, a solução jurídica do questionamento aventado pela postulante “demandava ao STF a explicitação de quando a vida teria início, para uma derivada imputação da inviolabilidade do direito à vida do embrião congelado, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana” (ADPF 442, p. 23).

A Suprema Corte, no entanto, defendeu que o mutismo da Carta Magna ao deixar de dispor sobre a origem da vida ou precisar o momento em que ela começa, “não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um automatizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva” Assim, “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de

direitos e garantias do indivíduo-pessoa” (BRASIL. Stf. Adi nº 3510. Relator: Min Ayres Britto. Brasília, DF, 29.05.2008).

Diante desta linha de raciocínio, infere-se que os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, previstos no caput art. 5º da Constituição, bem como os demais “direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como o direito à saúde e ao planejamento familiar)” (BRASIL, 2008), destinam-se a pessoa humana, que não se confunde com o embrião de pessoa humana.

Aduziu, ainda, que ao silenciar sobre a matéria o constituinte transpassou este ônus normativo para a legislação ordinária, a qual se posicionou em defesa da potencialidade da vida humana, em face de “tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Assim sendo, é possível perceber que a proteção do embrião encontra-se adstrita ao domínio infraconstitucional, visto que a Carta Magna Federal a este não se estende, consoante entendimento proferido pelo colegiado do Supremo no julgamento da ADI 3510/08.

Noutra banda, informou que a decisão por uma descendência ou filiação é um direito subjetivo individual da pessoa humana, entendido no sentido de liberdade e respeito ao planejamento familiar previsto no art. 226, § 7º da Constituição. Destarte, reproduzindo as palavras do então Ministro Joaquim Barbosa, o direito ao planejamento familiar trata-se da “conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada” (BRASIL. STF. Adi nº 3510. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 29.05.2008).).

Corroborando com o posicionamento do STF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao se pronunciar no caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) vs. Costa Rica*, sobre art. 4º do Pacto de San José da Costa Rica, o qual dispõe que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, *em geral*, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”, concluiu pela condenação da Costa Rica, visto que:

[...] o objetivo e fim da cláusula ‘em geral’ do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos. [...]

A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal, com fulcro nos argumentos supracitados, julgou pela improcedência da ADI 3510, declarando a inexistência de violação do direito à

vida e, por conseguinte, a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Outrossim, negrite-se que, apesar desta ação não haver tratado diretamente dos efeitos da criminalização do aborto, o enfrentamento do “critério no nascimento com vida para a imputação dos direitos fundamentais permitiu à Corte um acúmulo interpretativo sólido para o enfrentamento da questão da anencefalia” (ADPF 442, p. 26), levada ao plenário da Corte *ex vi* da ADPF 54, em que objetivava conquistar a atipicidade do aborto nesse caso.

A petição inicial da ADPF 442 encerra a análise do tópico 3.4, perfazendo uma rápida menção ao recente julgado do *Habeas Corpus* 124.306, proferido pela Primeira Turma do STF em novembro de 2016. O voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso esclareceu, primeiramente, que:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de medida cautelar, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Extrai-se dos autos que os pacientes (que mantinham clínica de aborto) foram presos em flagrante, em 3 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 1261 (aborto) e 2882 (formação de quadrilha) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, por terem provocado “aborto na gestante/denunciada (...) com o consentimento desta. (BRASIL, 2016)

Nesse esteio, apesar da inadequação da via processual, por tratar-se de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, a Turma julgadora recepcionou a ação, “em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria” (BRASIL. Stf. Hc nº 124.306. Min Roberto Barroso. Rio de Janeiro, RJ, 29.11.2016), e deu provimento favorável ao mérito, afastando, por conseguinte, os efeitos da custódia preventiva em prol dos pacientes e corréus, por julgar ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, indispensáveis para a decretação da prisão preventiva.

Nada obstante a ausência de motivação concreta já ser suficiente para afastar a prisão preventiva na hipótese, o Ministro Roberto Barroso, foi além, ao justificar a concessão da ordem de ofício também na inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

Em seu voto, o Ministro questionou a constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus, alegando que inobstante o bem jurídico tutelado seja evidentemente relevante, a tipificação da conduta nos primeiros três meses gestacionais viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito

fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal. (BRASIL, 2016)

Nesse diapasão, o ministro concluiu pela insolubilidade jurídica da controvérsia, porquanto sobre ela sempre perpassará uma escolha arrimada nos preceitos filosóficos ou religiosos cultivados por cada um a respeito da vida, sendo a criminalização do aborto no primeiro trimestre gestacional uma “medida legal desproporcional.

Tal medida viola direitos fundamentais das mulheres, incluindo direitos sexuais e reprodutivos, autonomia, integridade física e psíquica e igualdade” (ADPF, 442, p. 27).

Portanto, é forçoso reconhecer, que a ADPF norteadora da presente discussão configura-se como “resultado de um processo cumulativo, consistente e coerente desta Suprema Corte no enfrentamento da questão do aborto como uma matéria de direitos fundamentais” (ADPF, 442, p. 27). Ipso facto, com supedâneo no direito como integridade, nos moldes propostos por Dworkin, demonstra a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil.

As peticionantes repisam, ainda, que ao Supremo Tribunal Federal compete o dever de zelar pela integral proteção de grupos socialmente vulneráveis, classificação na qual se amolda a população feminina, frente a quaisquer ameaças ou violações aos seus direitos fundamentais. Destarte, sendo a problemática do aborto inerente ao gênero feminino e propulsora de interpelações sobre direitos e garantias fundamentais, o exame constitucional da legalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal de 1940, apresenta-se como obrigação inafastável deste Órgão Jurisdicional.

Consoante o exposto, segue trecho da obra “O novo em direito e política”, de Luigi Ferrajoli, cujo teor corrobora a favor da atuação da Corte Constitucional como instância de reflexão do processo político:

Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. (FERRAJOLI, p. 101-102).

Por sua vez, superado o conflito sobre a legitimidade do Tribunal Constitucional para enfrentar a matéria, reiterar-se-á todo o exposto, com base na tese da “violação à dignidade da pessoa humana, à cidadania e a não discriminação das mulheres pela criminalização do aborto e seu impacto no direito à vida, à liberdade, à igualdade, à proibição a tortura, à saúde e ao planejamento familiar” (ADPF 442, p. 30).

Pois bem. Para que a criminalização de determinada conduta receba amparo constitucional, é necessário que o bem jurídico tutelado seja de relevante interesse social, que

a prática delituosa não configure exercício legítimo de um direito fundamental e que haja a observância do princípio da proporcionalidade entre a ação praticada e o *jus puniendi* do Estado. No entanto, infere-se que a tipificação criminal em face da conduta de aborto provocado pela gestante ou por terceiros mediante o consentimento daquela, prevista nos arts. 124 a 126 do Código Penal, amolda-se exclusivamente ao primeiro requisito.

Outrossim, o poder estatal, em sentido amplo, deverá reger-se conforme os direitos fundamentais, visto que estes reúnem em seu âmago valores éticos e morais recepcionados pelo Direito e a todos, indistintamente, assegurados. Portanto, o Direito Penal ao cercear a autodeterminação da mulher para com o seu corpo e orientação espiritual, incorre em grave violação à dignidade e à liberdade da pessoa humana. Nesse sentido, se faz *mister* redizer que o constituinte ao dispor sobre “pessoa humana” voltou-se para o indivíduo humano plenamente desenvolvido, o qual não se confunde com a potencialidade de vida humana, cuja proteção jurídica fica adstrita à esfera do direito infraconstitucional, consoante entendimento adotado pela Suprema Corte nos julgamentos da ADI 3.510 e da ADPF 54.

Ademais, “o caráter essencial da dignidade está dado tanto pela sua ordem lexical entre os preceitos fundamentais quanto pelo percurso histórico e transconstitucional da dignidade como um valor e princípio para pacificação de casos difíceis” (ADPF, 442, p. 31), em razão de sua “função catalizadora” (sic) (HABERMAS, 2010, apud ADPF, p. 31) de outros direitos. Porém, cumpre estabelecer que tal afirmação não aduz que a dignidade humana se sobrepõe aos demais preceitos ou possui caráter absoluto.

Logo, em razão do seu caráter polissêmico, firmou-se como pilar principiológico para o confronto legislativo da questão no âmbito do Direito Constitucional Internacional, apresentando-se “ora com marcas de confessionalidade religiosa, ora interpretado à luz dos direitos humanos, com a autonomia, igualdade e vida” (SIEGEL, 2012, apud ADPF 442, p. 31).

O nosso Supremo Tribunal Federal, por sua vez, buscou sistematizar o conteúdo do preceito em dois pares de dimensões, estabelecendo como premissas essenciais a ele: valor intrínseco de humano e pessoa constitucional; autonomia e cidadania.

Logo, serão concedidos os efeitos protetivos e garantidores da dignidade da pessoa humana à pessoa constitucional, que necessariamente preenche a condição de ser humano. Aplicando-se o referido par de dimensões da dignidade à demanda em estudo, depreende-se, portanto, que “afirmar o valor intrínseco do humano no embrião ou feto não é o mesmo que afirmar o estatuto de pessoa constitucional” (ADPF 442, p. 35).

Deduz-se, pois, que a viabilidade da sobrevida extrauterina configura-se como marco decisório para a extrapolação do estatuto de pessoa constitucional ao conceito, sendo, portanto, os momentos da vida humana anteriores ao nascimento objeto de proteção pelo direito comum. “O embrião pré-implantado é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere à Constituição” (BRASIL. Stf. Adi nº 3510. Relator: Min Ayres Britto. Brasília, DF, 29.05.2008).

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é embrião, o feto é feto e a pessoa humana é pessoa humana. (BRASIL, 2008).

Em continuidade ao exame dimensional da dignidade, observar-se-á a autonomia, que “corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual” (BRASIL. Stf. Hc nº 124.306. Min Roberto Barroso. Rio de Janeiro, RJ, 29.11.2016). A Constituição assegura, portanto, a autodeterminação da pessoa constitucional, isto é, outorga-lhe o direito de decidir livre e conscientemente sobre os rumos da própria vida. Não compete ao Estado ou a sociedade intervir na intimidade emocional e espiritual das pessoas, sendo inconcebível a recepção constitucional de dispositivo legal que lhes cerceie a privacidade.

No que tange a proteção à dignidade específica da mulher, é essencial destacar o potencial biológico que essa tem de gestar, pois, em razão dessa faculdade inerente ao gênero feminino, assegurar-lhe o poder de decidir sobre as questões relacionadas ao próprio corpo, inclusive no que concerne a decisão de interromper ou não uma gestação, configura um aspecto crucial de sua autonomia. Nesse esteio, pertinente se faz reproduzir a indagação feita pelo Ministro Barroso:

Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BRASIL. Stf. Hc nº 124.306. Min Roberto Barroso. Rio de Janeiro, RJ, 29.11.2016)

Por fim, o direito à cidadania, interligado ao direito a autonomia, consubstancia-se no livre exercício dos direitos políticos e sociais da pessoa humana, bem como no direito à igualdade, com fins de evitar qualquer forma de tortura, opressão ou discriminação que subestime ou denigra a integridade do homem médio.

Destarte, conclui-se que “é na intersecção entre dignidade, autonomia e cidadania que o sentido de condição ou existência digna passa a receber conteúdo concreto” (ADPF 442, p. 38).

A dignidade da pessoa humana, no contexto do direito ao aborto, deve ser então interpretada como o direito da mulher, na condição de pessoa constitucional, fazer livremente suas escolhas existências diante da situação concreta em que se encontre.

Por sua vez, em atenção ao direito à cidadania, caberá ao Estado fazer do acesso à assistência básica de saúde e da promoção da saúde as estratégias centrais para garantir a concretização da autonomia como autodeterminação sexual e reprodutiva da mulher, conferindo ao aborto o caráter de procedimento médico de saúde reprodutiva que lhe é pertinente.

A garantia ao aborto legal vislumbra resguardar o direito à integridade psicofísica e à autodeterminação das mulheres, especialmente das mais vulneráveis, de modo a afigurar-se como “um elemento central da justiça reprodutiva” (ADPF 442, p. 41), visto que os efeitos da criminalização do aborto refletem as desigualdades socioeconômicas da sociedade brasileira.

Corroborando com o exposto, impende destacar a definição de direitos reprodutivos constante no Capítulo VII do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo:

“§ 7.3. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos”.

Negrite-se, por fim, que a criminalização do procedimento favorece o mercado negro de medicamentos, bem como a atuação ilícita de pessoas leigas em procedimentos médicos, acarretando, por conseguinte, o aumento das taxas de morbidade e mortalidade materna do país.

Nesse viés, a medida mais adequada para resguardar a dignidade sexual e reprodutiva da mulher e evitar a prática de comportamentos sexuais de alto risco, é a adoção de políticas intergovernamentais e não-governamentais de planejamento familiar, pautadas na promoção de níveis adequados de conhecimento da sexualidade humana e informação e serviços de alta qualidade na área da saúde reprodutiva.

Noutra senda, com fins de arrematar a argumentação, o peticionante submeteu a demanda à máxima da proporcionalidade, isto é, “uma ferramenta técnico-jurídica para o enfrentamento hermenêutico constitucional de casos difíceis”, cujo objetivo é “interpretar se um ato restritivo do poder do Estado, para promover a realização de um direito fundamental, restringe outro direito fundamental” (ADPF 442, p. 45).

Esta técnica “pode ser pensada em diferentes e consecutivos estágios do raciocínio constitucional para casos substantivos. Os estágios são como testes ou parâmetros para disciplinar o controle de constitucionalidade: *i.* adequação; *ii.* necessidade; *iii.* proporcionalidade estrita” (ADPF 442, p. 46). *Ipso facto*, em razão do caráter sequencial do teste, se a previsão legal examinada reprovar em qualquer um dos estágios avaliados supracitados, deve-se interromper a análise e declarar a inconstitucional da norma.

Preliminarmente, se faz necessário ressaltar que, em detrimento da linha argumentativa seguida pela exordial, não haveria conflito de direitos fundamentais, porquanto estes não seriam extensivos ao feto ou embrião, que possuem proteção jurídica infraconstitucional. Destarte, a violação constitucional arguida pela presente ADPF restringir-se aos direitos fundamentais da mulher. No entanto, a submissão da ação ao método da proporcionalidade, “como um exercício argumentativo concorrente”, representa mais uma linha argumentativa favorável ao deferimento do pedido da inicial.

Isto posto, passemos para a análise propriamente dita da máxima da proporcionalidade em face da questão do aborto. O estágio primeiro da análise é o da adequação, no qual se avalia a existência de um objeto de interesse constitucional e a adequação do meio empregado para a sua proteção. Aplicando-se ao caso concreto, resta saber se o feto ou embrião possui valor intrínseco de pessoa humana e se a lei penal se demonstra eficaz para garantir-lhe proteção.

Em continuidade, o estágio da necessidade tem por fim averiguar a inexistência de outro meio eficaz de atingir iguais resultados.

Assim, a pergunta que deve ser feita nesta fase é: a criminalização do aborto é a única alternativa do Estado para impedir o aborto e proteger o valor intrínseco do embrião de pessoa humana? Por derradeiro, o parâmetro da proporcionalidade estrita exige a ponderação dos efeitos, positivos e negativos, da lei restritiva de direitos fundamentais, para que se possa, então, diante de tais resultados, justificar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da mesma. Dessa maneira, inferir-se-á se os efeitos positivos da criminalização do aborto na proteção do feto superam os impactos negativos causados à mulher. Pois bem. Consoante todo o conteúdo argumentativo disposto ao longo deste capítulo, conclui-se que os arts. 124 e 126 do Código Penal, tal como dispõem-se, são incompatíveis para com a proteção do conceito e atentam contra os direitos fundamentais das mulheres.

Todavia, conforme sabiamente destacado pelo ministro Luís Roberto Barroso no voto do HC 124.306, “para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação

penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido” (BRASIL. Stf. Hc nº 124.306. Min Roberto Barroso. Rio de Janeiro, RJ, 29.11.2016).

Portanto, consoante alhures, a ADPF 442 requer perante a Suprema Corte:

(...) que seja concedida medida liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal ora questionados a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez. E que se reconheça o direito constitucional das mulheres de interromper a gestação, e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento. [...]

a confirmação da medida liminar e no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizadas nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.

Adendo ao exposto, saliente-se que, inobstante a ADPF 442 tenha sido ajuizada pelo partido político Socialismo e Liberdade, a mesma é desvinculada de qualquer partidismo político, bem como foi escrita na íntegra por mulheres.

Fato este relevante, pois estas se caracterizam como as pessoas mais indicadas a opinarem sobre a problemática, uma vez serem os sujeitos passivos da opressão estatal arguida na presente demanda.

Devido à relevância do tema, diversas organizações requereram seu ingresso nos autos como *amicus curiae*, restando aberta a possibilidade de novos pedidos até o momento da conclusão do presente trabalho. Na dicção do Ministro Celso de Mello, “a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional” (ADI 2.321-MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgada em 25.10.2000, DJ 10.6.2005, excerto da ementa). Por fim, insta destacar, que, até o momento, a ADPF nº 442 continua sem inscrição em pauta e, portanto, pendente de julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico buscou demonstrar, através de uma análise constitucional e jurisprudencial, os efeitos da criminalização do aborto no Brasil. Para tanto, utilizou-se como fontes bibliográficas centrais os dados da Pesquisa Nacional de Aborto 2016 e a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442.

Consoante a isso, observou-se, ao longo da pesquisa, que a criminalização do aborto é uma medida imprópria para combater este problema, uma vez que atua nos efeitos e não na causa do problema. Ademais, os tipos penais dos arts. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) constituem severa afronta em face dos direitos fundamentais da mulher.

O Estado, ao criminalizar a conduta do aborto em 1940, buscou proteger a vida do conceito, no entanto *o modus operandi* adotado para a concretização do objetivo demonstrou-se, ao longo dos muitos anos de vigência da lei penalista, ineficaz. Com fulcro nas informações trazidas pela Pesquisa Nacional do Aborto, pode-se inferir que o abortamento é uma conduta frequente e enraizada na vida reprodutiva das mulheres brasileiras, a despeito de sua tipificação legal.

Destarte, criminalizar a conduta do aborto não resguarda de maneira eficaz o direito à vida do nascituro, uma vez que não impede que as mulheres perpetrem a ação. Por outro lado, causa-lhes a violação de uma série de princípios fundamentais, que em decorrência da lei penal, atravessam este árduo momento de suas vidas sob os auspícios da clandestinidade.

A lei penal condena estas mulheres a recorrerem a métodos alternativos e clínicas clandestinas, que põem em risco suas vidas, bem como lhes causam os mais nefastos sentimentos, como medo, angústia, vergonha, tristeza profunda, etc.

Ao buscar a ilegalidade, estas mulheres comprometem sua integridade física e moral, entregam-se a pessoas que desempenham atividades de saúde sem, no entanto, possuírem a devida formação, assim como, tomam remédios que desconhecem a procedência ou efeitos colaterais. A clandestinidade do aborto é um ato de desespero, nenhuma mulher provoca um aborto ou consente que outrem lhe provoque, em um estado de alegria e leveza espiritual.

Portanto, é essencial que o Estado promova políticas públicas capazes de conter este quadro, posto que o aborto constitui para a mulher uma fonte de doença gravíssima, qual seja, o trauma pós-aborto.

Nesse sentido, buscou-se apontar a necessidade de uma reformulação legal frente ao problema aborto no Brasil, pois, além de ineficiente, a lei penal viola o direito à autodeterminação, à saúde, à liberdade e à cidadania da mulher, afora corroborar com o

tráfico de medicamento e sustentar clínicas clandestinas de aborto. Outrossim, um procedimento que se realizado com o devido acompanhamento médico não oferece riscos à saúde da gestante, torna-se um dos fatores principais da morbidade e mortalidade materna.

Noutra senda, impende destacar que o legislador de 1940 preocupou-se em estipular causas de ilicitude para o procedimento, tendo em vista à proteção da saúde e honra da gestante, uma vez que à época de sua elaboração esta era uma questão determinante para sucessão digna da vida de uma mulher. Destarte, é lícito observar que desde 1940, a proteção à vida do embrião não era absoluta.

A Constituição Federal ao referir-se a pessoa humana, o fez no sentido de resguardar o direito do indivíduo humano constituído, dotado de formação biológica que garanta-lhe a sobrevivência extrauterina. Nesse diapasão fluíram os julgados do Supremo Tribunal Federal ao analisar o direito à vida do nascituro. Os ministros entenderam que o embrião de pessoa humana com esta não se confunde, cabendo-lhe proteção infraconstitucional até o momento do seu nascimento com vida.

Diante do entendimento jurisprudencial da Corte Federal não há sequer o que se falar em confronto de direitos fundamentais, uma vez que apenas a mulher seria detentora de tutela constitucional, todavia conforme se demonstrou ao longo do trabalho, mesmo em face de um suposto embate de direitos fundamentais se faz mister levar em consideração a máxima da proporcionalidade, a qual tem por teste primeiro para determinar a ilegalidade constitucional de uma lei infraconstitucional a prova da necessidade.

Assim sendo, com fulcro no teste da necessidade, percebe-se que os artigos impugnados são de fato inconstitucionais, pois não se configuram como os únicos meios capazes de sanar a lesividade da ação. Com supedâneo na experiência internacional, infere-se que ao passo que o Estado faz cumprir e implementar o direito à saúde em todos os seus âmbitos de atuação, as taxas de aborto diminuem gradativamente ao longo dos anos.

Ao admitir a realização de abortos legais, o Estado confere o devido respeito aos direitos fundamentais das mulheres, bem como promove apoio integral para que esta decisão seja tomada de maneira livre e consciente, somente após passar por um aconselhamento psicológico e período de reflexão obrigatório é que será dada à autorização para a prossecução da interrupção da gestação. Em contraposição, a ilicitude da ação, obriga as mulheres a recorrerem a clínicas clandestinas, que visam tão somente “resolver” o “problema”, não ofertam apoio psicológico, não incentivo à reflexão frente às consequências do seu ato e muito menos, utilizam-se de meios humanizados para o tratamento.

Ressalte-se, ainda, que as taxas de aborto tendem a ser maiores entre as mulheres negras, pouco escolarizadas e de baixa renda. Tal constatação nos leva a deduzir que, quanto melhores forem as políticas públicas de educação, menores serão os índices de aborto e, conseqüentemente, os problemas sociais advindos de uma gestação não planejada ou de uma interrupção clandestina da mesma.

A implementação de políticas públicas de educação sexual e reprodutiva, o amplo acesso a métodos contraceptivos e procedimentos de esterilização desburocratizados, fiscalização dos serviços públicos de saúde e disponibilidade de médicos, psicólogos e assistentes sociais para todos, são algumas das medidas propostas neste trabalho, que proporcionariam, possivelmente, resultados superiores ao da criminalização do aborto no intuito de proteção à vida do nascituro.

Portanto, a luta pela legalização do aborto, ao contrário do que se pode imaginar em um primeiro momento, é um movimento em prol da vida, da vida mãe e do conceito. A criminalização afeta principalmente as mulheres menos favorecidas da sociedade, configurando-se, assim, um ato violador do princípio da igualdade e da não discriminação. Ademais, o Estado ao impor as mulheres um sofrimento imensuravelmente maior para realizar o aborto, uma vez que precisam agir fora da lei, perpetra ato análogo a tortura e ao negar-lhes o acesso à saúde, compromete a dignidade, a cidadania e, até mesmo, a vida das mesmas.

Diante de todo o exposto, resta uma reflexão do tema por parte do leitor, uma vez que a concretização dos preceitos fundamentais constitucionalmente assegurados e a justiça social, somente serão alcançadas a partir da ampla discussão de temas polêmicos, tais como o aborto, que apesar de confrontarem os mais diversos campos do saber, seja a religião, a moral, a filosofia, etc, se fazem indispensáveis para a construção de uma verdadeira sociedade Democrática de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/17947100/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais>.
- ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células tronco**: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel;
- BARSTED, Leila de Andrade Linhares. **Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista**. Disponível em: <file:///C:/Users/PESSOAL/Downloads/15804-48549-1-PB.PDF>. Acesso em: 12/08/2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 427.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, vol. 2. 7 ed. re. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Decreto-Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 03/10/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 17/09/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – no 54**. Distrito Federal (12 abr.2012). Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 17/05/17.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus no 124.306**. Relator Min. Marco Aurélio. DOU. Brasília, 16 março, 2017, Seção 2, 149 págs. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/140090800/dou-secao-2-16-03-2017-pg-28>>. Acesso em: 05/2017.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**/ Fernando Capez, Stela Prado. - 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

CDH, do Senado. **Debate proposta de legalização do aborto**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/saude-da-mulher/noticias-saude-da-mulher/17648-cdh-do-senado-debate-proposta-de-legalizacao-do-aborto>>. Acesso em: 14/08/2017.

CONJUR. **Leia Voto do Ministro Joaquim Barbosa sobre interrupção de gravidez**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-mar-05/leia_voto_joaquim_barbosa_interrupcao_gravidez>. Acesso em: 02/10/2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). pp. 95/108. 8 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

DINIZ, Débora. MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002>. Acesso em: 04/10/2017.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DOMINGOS; MERIGHI. **O aborto como causa de mortalidade materna**: um pensar para o cuidado de enfermagem. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452010000100026>. Acesso em: 20/10/2017.

FAUNDES, Anibal. **Malentendidos sobre el efecto de la legalización del aborto**. Anales de La Facultad de Medicina Perú (Eletronic), v. 76, p. 425-429, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDconst, 2011a, p. 95-113. Disponível em: . Acesso em: 21 jul. 2014.

FIGUEIREDO, André Henrique. (A.H.F) **O aborto dos outros**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=de1H-q1nN98>>. Acesso em: 28/08/2017.

FRANCA, Ludimilla, **Bobbio e a era dos direitos**. Disponível em: <<https://norbertobobbio.wordpress.com/2009/12/10/bobbio-e-a-era-dos-direitos/>>. Acesso em: 13/10/2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Aborto por Indicação Eugênica**. in Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 90.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo. Atlas, 2002.

GRANJEIA, Julianna; GRANDELLE, Renato. **Conservadorismo e bancada evangélica freiam igualdade de gêneros, diz governo.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/conservadorismo-bancada-evangelica-freiam-igualdade-de-generos-diz-governo-15539562>>. Acesso em: 15/08/2017.

HABERMAS, Jurgem. **Direito e Democracia.** Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

MINAYO, M.C.S. **O Conceito de Metodologia de Pesquisa.** In: (org). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, Parte Especial arts. 121 a 234-B do CP. Vol. 2. 30ª ed. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2013.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Disponível em: <Plataforma de Cairo<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 10/10/2017.

ROCHA, Renata. **Direito à vida e as pesquisas com células-tronco:** limites éticos e jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 75. apud p. 2/3.- Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266>>. Acesso em: 06/10/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Secretaria da Saúde do Governo do Estado do Paraná. Conceitos e Definições. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>> Acesso em: 14/08/2017.

SOUSA, Fernanda dos Santos, apud SILVA, Camila Francis. **O embrião humano e a sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana.** 2010. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Fieo de Osasco, Osasco, SP, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266>>. Acesso em: 06/10/2017

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006. p. 35. apud p. 9/10.- Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266>>. Acesso em: 06/10/2017

_____. **Verdade e Justificação.** Edições Loyola, São Paulo, 2004